Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2018, Vol. 1, Part 2

2018, Vol. 1, 2e fascicule

Cited as [2018] 1 F.C.R., 245–472, D-7–D-8

Renvoi [2018] 1 R.C.F., 245–2472, F-7–F-8

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator
SARAH EL-SALIBY

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique
LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production
SARAH EL-SALIBY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, Marc A. Giroux, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2018.

Print
Cat. No. JU1-2-1
ISSN 1714-3713

Online
Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case amd digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est Marc A. Giroux.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018.

Imprimé
N° de cat. JU1-2-1
ISSN 1714-3713

En ligne
N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: **http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/**

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêtiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : **http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/**

CONTENTS

Appeals noted I

Judgments 245–472

Digests D-7–D-8

Bilodeau-Massé *v.* Canada (Attorney General) (F.C.) 386

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of Parole Board of Canada decision maintaining suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO), recommending new information be laid under Criminal Code, s. 753.3—Parole Board finding that no supervision program could adequately protect society against applicant's risk of recidivism, that applicant failing to comply with supervision conditions—Applicant, long-term offender subject to LTSO—In addition to decision, Parole Board, in exercising discretion conferred thereon under *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case—Applicant having various cognitive limitations, under legal authority of Correctional Service of Canada (Service)—When applicant's case referred to Board, counsel for applicant requesting, *inter alia*, in-person post-suspension hearing—CCRA, s. 140(1) stipulating that hearing mandatory in cases listed in paragraphs (a) to (e) thereof—However, according to CCRA, s. 140(2), Board having discretion to hold hearing in other cases, which includes post-suspension hearing following suspension of LTSO—Whether Federal Court having jurisdiction to rule on validity of CCRA, ss. 140(1),(2); if so, whether appropriate to grant declaratory relief in present case—Federal Court having jurisdiction to render declaratory judgment on constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2) as well as on extent of Board's obligations under principles of fundamental justice, administrative

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés I

Jugements 245–472

Fiches analytiques F-7–F-8

Bilodeau-Massé *c.* Canada (Procureur général) (C.F.) 386

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'art. 753.3 du Code criminel—La Commission a jugé qu'aucun programme de surveillance ne pouvait adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'avaient pas été observées—Le demandeur est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD—En plus de sa décision, la Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC), a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier—Le demandeur présente diverses limites cognitives et est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service)—Lorsque le dossier du demandeur a été référé à la Commission, la procureure du demandeur a entre autres sollicité la tenue d'une audience post-suspension en personne—L'art. 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux art. a) à e)—Par contre, selon l'art. 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas, ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD—Il s'agissait

Suite à la page suivante

law—Three branches of test established by Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* met herein—As long as test met, Federal Court having jurisdiction to make declarations in constitutional matters such as declarations of invalidity—Federal Court also "superior court" for purposes of exercise of jurisdiction under *Federal Courts Act*, s. 18—Although not "superior court" within meaning of *Constitution Act, 1867*, s. 96, Federal Court nevertheless comparable to superior court when exercising general supervisory power over federal boards under *Federal Courts Act*, s. 18—Federal Court therefore having jurisdiction to make formal declaration of invalidity in matter where constitutional question validly raised, which was case here—Appropriate here for Federal Court to exercise discretion to grant declaratory relief respecting constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2), respecting extent of Board's obligations under principles of fundamental justice and/or administrative law—Court can properly issue declaratory remedy so long as having jurisdiction over issue at bar, question before court real, not theoretical, person raising issue having real interest to raise it—All stated criteria met in present case—Enough to state that Board must, in all respects, comply with principles of fundamental justice, hold in-person hearing in specific cases—Therefore, applicant having right to declaratory judgment—Application allowed in part.

de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la validité des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC et le cas échéant, s'il était opportun de rendre un jugement déclaratoire dans le présent dossier—La Cour fédérale a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif—Les trois volets du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* étaient remplis en l'espèce—Dès lors que le critère est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité—La Cour fédérale est également une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Bien qu'elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu'elle exerce en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* un pouvoir général de surveillance à l'égard des offices fédéraux—La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d'invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est validement soulevée, ce qui était le cas en l'espèce—En l'espèce, il était opportun que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif—Cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever—Tous ces critères étaient rencontrés dans le présent dossier—Il suffisait de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et tenir une audience en personne dans les cas particuliers—Par conséquent, le demandeur avait droit au jugement déclaratoire demandé—Demande accueillie en partie.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Parole Board of Canada deciding, *inter alia*, to maintain suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO)—Board also exercising discretion conferred thereon under *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case—Applicant arguing, *inter alia*, that the lack of

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—La Commission des libérations conditionnelles a entre autres décidé de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) visant le demandeur—La Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC), a déterminé

Continued on next page

Suite à la page suivante

guarantee of a post-suspension hearing violating Charter, s. 7—Constitutional question involving Parole Board's obligations respecting natural justice raised in present case—Whether CCRA, ss. 140(1),(2) violating Charter, s. 7—Applicant's right to liberty engaged by application of mechanisms provided in CCRA, s. 135.1—Necessary to determine whether discretionary nature of power granted under CCRA, s. 140(2) as to holding hearing breaching principles of fundamental justice—Scope of obligation to act fairly having variable content—In terms of CCRA, s. 135.1, lack of right to appeal favouring decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness—Principles of fundamental justice requiring that procedure be fair—Charter, s. 7 not automatically, systemically requiring oral hearing even if rights guaranteed by provision are at issue—Insofar as CCRA, s 140(2) not legally prohibiting hearing, when this can prove necessary in specific circumstances of case being reviewed, existence of such discretionary power neutral, not conflicting with principles of fundamental justice guaranteed by Charter, s. 7.

Canada (Attorney General) *v.* Heyser (F.C.A.) ... 245

Public Service—Jurisdiction—Judicial review of decision by Public Service Labour Relations and Employment Board adjudicator holding that he had jurisdiction in respect of revocation of respondent's reliability status, termination of her employment resulting therefrom, that respondent's termination not made for cause—Respondent, indeterminate employee with Department of Human Resources and Skills Development Canada, forging medical certificate to support ongoing telework arrangement—As result, respondent's reliability status revoked pursuant to *Financial Administration Act* (FAA), s. 12(1)(e), employment terminated—Respondent filing grievances under *Public Service Labour Relations Act* (Act), ss. 209(1)(a), (b)—Adjudicator stating, *inter alia*, having jurisdiction under Act, ss. 209(1)(b),(c) over disciplinary action resulting in termination, termination of employee under FAA, s. 12(1)(d),(e)—Concluding, *inter alia*, applicant not having legitimate concerns that respondent posing serious risk, that conditions required to revoke reliability status absent—Whether adjudicator having jurisdiction to review revocation of respondent's reliability status—Adjudicator

Continued on next page

que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier—Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'art. 7 de la Charte—Une question constitutionnelle concernant l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la justice naturelle a été soulevée en l'espèce—Il s'agissait de savoir si les art. 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'art. 7 de la Charte—Le droit à la liberté du demandeur était engagé par l'application des mécanismes prévus à l'art. 135.1 de la LSCMLC—Il y avait donc lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par l'art. 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience va à l'encontre des principes de justice fondamentale—La portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable—S'agissant de l'art. 135.1 de la LSCMLC, l'absence d'un droit d'appel militait donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale—Les principes de justice fondamentale requièrent que la procédure soit équitable—L'art. 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu—Dans la mesure où l'art. 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'art. 7 de la Charte.

Canada (Procureur général) *c.* Heyser (C.A. F.) ... 245

Fonction publique—Compétence—Contrôle judiciaire à l'encontre de la décision rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique qui a conclu qu'il avait compétence pour statuer sur la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse et sur le licenciement qui en a résulté et que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé—La défenderesse occupait un emploi à durée indéterminée au ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada et a contrefait un certificat médical pour justifier le maintien de son entente de télétravail—En conséquence, la cote de fiabilité de la défenderesse a été révoquée conformément à l'art. 12(1)e) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP) et elle a été congédiée—La défenderesse a déposé des griefs en application des art. 209(1)a) et b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la Loi)—L'arbitre a indiqué, entre autres, qu'il avait clairement compétence en vertu des art. 209(1)b) et c) de la Loi en ce qui concerne une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, et en vertu des art. 12(1)d) et e) de la LGFP, en ce qui concerne le licenciement d'un fonctionnaire—

Suite à la page suivante

having full jurisdiction to "look through" termination decision to assess underlying decision to revoke respondent's reliability status—*Bergey v. Canada (Attorney General)*, *Canada (Attorney General) v. Féthière* determinative of jurisdiction issue—Board having jurisdiction to hear, determine decisions revoking reliability status—No longer needing to resort to concept of disguised discipline to assert its jurisdiction under s. 209(1)(b)—Up to Board to determine whether non-disciplinary termination is for cause, whether revocation based on proper, legitimate grounds—Ss. 209(1)(b),(c) free-standing provisions allowing Board to deal with disciplinary, non-disciplinary terminations—Here, as respondent terminated pursuant to FAA, s. 12(1)(e), adjudicator having no choice but to deal with matter under Act, s. 209(1)(c)—Adjudicator's decision reasonable—Application dismissed.

Paradis Honey Ltd. v. Canada (F.C.) 275

Practice—Class Proceedings—Motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to class members for losses, damages sustained as result of ban on importation of honeybees from U.S. since 1987—Canadian beekeepers replacing lost bee colonies through importation of "packages" or "queens"—Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites—*Honeybee Importation Prohibition Regulations*, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens"—Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of "queens", "packages" determined under general import permit system—Plaintiffs alleging, *inter alia*, Federal Crown denying them right to seek import permits for "packages", resulting in considerable losses—Issue whether conditions under *Federal Courts Rules*, r. 334.16(1) satisfied, such that underlying action should be certified as class proceeding—Federal Court of Appeal in *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446 determining that plaintiffs' pleadings disclosing reasonable causes of action—Plaintiffs' proposed, amended class definition allowed—Class definition objective, independent of merits of action—Rational connection between common issues, class—No clear conflict

Continued on next page

Il a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait pas de préoccupations légitimes selon lesquelles la défenderesse présentait un risque grave au ministère et, par conséquent, que les conditions requises pour révoquer sa cote de fiabilité étaient absentes—Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait compétence pour examiner la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse—L'arbitre avait pleine compétence pour examiner un licenciement afin d'évaluer le bien-fondé de la décision sous-jacente de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse—Les décisions *Bergey c. Canada (Procureur général)* et *Canada (Procureur général) c. Féthière* étaient déterminantes quant à la question de la compétence—La Commission a compétence pour statuer sur le bien-fondé des décisions de révoquer la cote de fiabilité—Il n'est plus nécessaire que la Commission invoque le concept des mesures disciplinaires déguisées pour faire valoir sa compétence en vertu de l'art. 209(1)b)—Il appartient à la Commission de décider si le licenciement pour motif non disciplinaire était motivé et si la révocation est justifiée par des motifs légitimes et valables—Les art. 209(1)b) et c) de la Loi sont des dispositions indépendantes qui permettent à la Commission d'examiner le bien-fondé des licenciements pour des motifs disciplinaires et non disciplinaires—En l'espèce, la défenderesse a été licenciée en vertu de l'art. 12(1)e) de la LGFP; ainsi, l'arbitre n'avait d'autre choix que d'examiner la question en vertu de l'art. 209(1)c) de la Loi—La décision de l'arbitre était raisonnable—Demande rejetée.

Paradis Honey Ltd. c. Canada (C.F.) 275

Pratique—Recours collectifs—Requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis en vigueur depuis 1987—Les apiculteurs canadiens remplacent les colonies perdues en important des « paquets » ou des « reines »—La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites—Le *Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques* (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines »—Après l'expiration du RIAD de 2004 en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation—Les demanderesses ont entre autres allégué que la Couronne fédérale leur a refusé le droit de demander des permis d'importation de « paquets », ce qui a entraîné des pertes considérables—Il s'agissait de déterminer si les conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* étaient réunies, de sorte de permettre d'autoriser l'action en tant que recours collectif—Dans l'arrêt *Paradis Honey Ltd c. Canada*

Suite à la page suivante

within class—Relief sought not detrimental to any member of class—Faction opposed to reopening border to "packages" from U.S. not fatal to plaintiffs' certification as class—Results of action not contentious—Appropriate to certify all proposed common issues—Framing of issues suggesting negligent act directed towards industry, stemming from failure to follow import regulations in place after expiry of HIPR 2004—All class members having interest in Federal Crown lawfully performing its administrative functions—Common issues predominating over questions affecting individual members—Criterion in *Federal Courts Rules*, r. 334.16(1) satisfied—Class action herein clearly resulting in judicial economy—Goal of judicial economy better achieved by proceeding as class action, than proceeding as test case followed by individual litigation—Goal of behaviour modification best effected through class proceeding—Doubtful every class member able to bring individual action—Finally, plaintiffs appropriately represented pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 334.16(1)(e)—No evidence representative plaintiffs indifferent or antagonistic towards members of faction opposed to reopening of border—Proposed representative plaintiffs competent, capable of advancing action—Motion granted.

Animals—Plaintiffs bringing motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States—Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites—*Honeybee Importation Prohibition Regulations*, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens"—Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of "queens", "packages" determined under general import permit system—Plaintiffs alleging, *inter alia*, Federal Crown denying them right to

Continued on next page

(Procureur général), 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, la Cour d'appel fédérale a conclu que les actes de procédures des demanderesses révélaient une cause d'action valable—La définition du groupe proposée par les demanderesses a été accueillie—La définition du groupe est objective et indépendante par rapport au fond de l'action—Il existe un lien rationnel entre les questions communes et le groupe—Il n'y a pas de conflit évident dans le groupe—La réparation demandée ne serait pas préjudiciable à l'égard des membres du groupe—Le fait qu'une faction s'oppose à la réouverture de la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis n'est pas fatal à l'autorisation des demanderesses en tant que groupe—Les résultats de l'action ne seraient pas litigieux—Il était approprié de certifier toutes les questions communes proposées—La formulation des questions sous-entendait un acte négligent à l'égard de l'industrie, attribuable au défaut de respecter les règlements applicables à l'importation en place après l'expiration du RIAD de 2004—Tous les membres du groupe proposé ont intérêt à ce que la Couronne fédérale s'acquitte en toute légalité de ses fonctions administratives—Les questions communes prédominaient sur les questions touchant des membres individuels—Le critère établi au paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* a été satisfait—En l'espèce, un recours collectif permettra clairement d'économiser des ressources—L'objectif de l'économie des ressources est mieux servi en procédant en tant que recours collectif qu'en procédant par cause type suivie d'actions individuelles—Un recours collectif constitue la meilleure façon d'atteindre l'objectif de la modification des comportements—Il n'était pas certain que chacun des membres du groupe pourrait intenter une action individuelle—Enfin, les demanderesses ont été adéquatement représentées en vertu du paragraphe 334.16(1)e) des *Règles des Cours fédérales*—Il n'y avait aucune preuve d'indifférence ou d'antagonisme de la part des représentants demandeurs à l'égard des membres de la faction qui s'opposent à la réouverture de la frontière—Les représentants demandeurs proposés ont démontré leur compétence et leur capacité à faire progresser l'action—Requête accueillie.

Animaux—Les demanderesses ont présenté une requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis—La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites—Le *Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques* (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines »—Après l'expiration du RIAD de 2004

Suite à la page suivante

seek import permits for "packages", resulting in considerable losses.

Crown—Torts—Plaintiffs bringing motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States—Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites—*Honeybee Importation Prohibition Regulations*, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens"—Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of "queens", "packages" determined under general import permit system—Plaintiffs asserting that Federal Crown negligently denying commercial beekeepers opportunity to import "packages", and/or taking abusive administrative action.

Tameh *v.* Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) **325**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Ministerial relief—Unreasonable delay—Application for order of *mandamus* compelling respondent to render decision in respect of applicant's request for ministerial relief—Applicant found inadmissible in 2001 for permanent resident status due to past involvement in terrorist organization—Application for ministerial relief refused, but that decision set aside, sent back for redetermination in 2008—Reassigned on multiple occasions—Canada Border Services Agency (CBSA) unable to provide applicant with timeframe for making decision on application for ministerial relief—CBSA maintaining that several factors having direct effect on processing of application—What constitutes reasonable period of time typically required to process applications for ministerial relief?—Applications for *mandamus* in respect of cases involving delays resulting in processing times well in excess of nine months turning on whether CBSA providing satisfactory justification for delay—Here, justification provided for some, not all of delay—Delays of 12 to 18 months reasonable for internal reorganization, delisting of terrorist organization—Delay of 45 months herein unreasonable—In cases of national security, Court should be reluctant to issue order of *mandamus* aborting or abbreviating investigation—However,

Continued on next page

en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation—Les demanderesses ont entre autres allégué que la Couronne fédérale leur a refusé le droit de demander des permis d'importation de « paquets », ce qui a entraîné des pertes considérables.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Les demanderesses ont présenté une requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis—La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites—*Le Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques* (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines »—Après l'expiration du RIAD de 2004 en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation—Les demanderesses ont allégué que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou a pris des mesures administratives abusives en interdisant aux apiculteurs commerciaux d'importer des « paquets ».

Tameh *c.* Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) **325**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Dispense ministérielle—Délai déraisonnable—Demande d'ordonnance de *mandamus* visant à forcer le défendeur à rendre une décision concernant la demande de dispense ministérielle du demandeur—Le demandeur a été jugé interdit de territoire en 2001 et sa demande de résidence permanente a été refusée en raison de son association antérieure avec une organisation terroriste—La demande de dispense ministérielle a été rejetée, mais cette décision a été annulée et renvoyée pour nouvel examen en 2008—Elle a été confiée à différents agents à maintes reprises—L'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a informé le demandeur qu'il lui était impossible de lui donner un échéancier exact concernant la date à laquelle la décision serait rendue au sujet de sa demande de dispense ministérielle—L'ASFC a soutenu que plusieurs facteurs avaient eu une incidence directe sur le traitement de la demande—Il s'agissait de déterminer ce qui constitue un délai généralement raisonnable pour traiter les demandes de dispense ministérielle—Les demandes de *mandamus* liées à des cas portant sur des retards qui ont comme conséquence d'étendre la durée totale du traitement bien au-delà de neuf mois dépendent de la question de savoir si l'ASFC a fourni des justifications pouvant expliquer le

Suite à la page suivante

respondent not having complete *carte blanche* regarding time available to make decisions under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(2)—Appropriate on occasion to require respondent to make decision within particular period of time—Respondent's concerns addressed by providing amount of time conferring sufficient flexibility to balance other priorities—Application granted in part.

Thanabalasingham *v.* Canada (Attorney General) (F.C.) 355

Parole—Judicial review of Parole Board of Canada decision denying applicant's request for record suspension under *Criminal Records Act*—Applicant, Sri Lankan Tamil, permanent resident of New Zealand when making application—While living in Canada, applicant convicted of three charges relating to violent activity; also charged with perjury but charge stayed when applicant deported—In 2001, applicant arrested, ordered removed from Canada but appealing decision—Later applying twice at different intervals for record suspension under *Criminal Records Act*, s. 3 but applications rejected—In second refusal for record suspension, Board noting in particular that applicant having involved himself in violent lifestyle within four years of arrival in Canada, charged with numerous violent offences, failing to demonstrate good conduct prior to deportation—Thus, based on information available in applicant's file, Board denying request for record suspension on basis that granting request would bring administration of justice into disrepute—Applicant arguing, *inter alia*, that Board erring in law in failing to understand scope of discretion—Whether Board erring in law in misinterpreting discretion under Act, s. 4.1(1); whether Board erring in law in failing to consider relevant factors; whether Board's decision unreasonable—Rationale for Board's decision in present case clear; decision containing justification, transparency, intelligibility within decision-making process required by case law—Act, s. 4.1(1)(a), (b) examined—If read literally, relevant period for eligibility running from "expiration according to law of any sentence", Board's discretion to order or refuse record suspension under Act, s. 4.1(1) requiring review of applicant's conduct "during the applicable period referred to in

Continued on next page

délai de manière satisfaisante—En l'espèce, l'ASFC a fourni une justification de certains retards, mais pas tous—Un délai raisonnable attribuable à la réorganisation interne et au retrait d'une organisation terroriste de la liste se situerait entre 12 et 18 mois—Le délai de 45 mois dans le cas présent est déraisonnable—Lorsque des questions de sécurité nationale sont soulevées, la Cour devrait hésiter à rendre une ordonnance de *mandamus* si celle-ci a comme résultat une enquête avortée ou asphyxiée—Toutefois, le défendeur n'a pas carte blanche en ce qui a trait au temps dont il dispose pour rendre des décisions en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Il pourrait s'avérer approprié, à l'occasion, de forcer le ministre à rendre sa décision dans un délai précis—Les inquiétudes du défendeur peuvent être prises en considération en prévoyant suffisamment de temps pour lui donner la latitude nécessaire afin de pouvoir équilibrer ses autres priorités—Demande accueillie en partie.

Thanabalasingham *c.* Canada (Procureur général) (C.F.) 355

Libération conditionnelle—Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission des libérations conditionnelles du Canada, qui a refusé la demande de suspension de casier judiciaire présentée par le demandeur en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*—Le demandeur était un citoyen tamoul sri-lankais qui, au moment de la demande, était résident permanent de la Nouvelle-Zélande—Lorsqu'il vivait au Canada, le demandeur a été condamné pour trois chefs d'accusation liés à des activités violentes, et une inculpation de parjure contre lui a été suspendue en raison de son expulsion du pays—En 2001, le demandeur a été arrêté et a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion du Canada, qu'il a portée en appel—Il a par la suite présenté deux fois à des intervalles différents une demande de suspension de casier judiciaire en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur le casier judiciaire*, mais ses demandes ont été rejetées—Lorsqu'elle a refusé la deuxième demande de suspension de casier du demandeur, la Commission a fait remarquer que le demandeur avait adopté un mode de vie violent dans les quatre premières années de son arrivée au Canada, avait été accusé de nombreuses infractions violentes et n'avait pas démontré de bonne conduite avant son expulsion—Par conséquent, et considérant tous les renseignements figurant au dossier du demandeur, la Commission a refusé sa demande de suspension de casier judiciaire, car elle a estimé qu'une telle décision viendrait déconsidérer l'administration de la justice—Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la Commission avait commis une erreur en droit en omettant de comprendre la portée de son pouvoir discrétionnaire—Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en droit en interprétant son pouvoir discrétionnaire en vertu de

Suite à la page suivante

subsection 4(1)"—Board taking inconsistent approach regarding whether applying reviewing period from date of application or from date of expiration of sentence—Literal interpretation of Act resulting in grave injustice in present case—Applicant's 2014 application at least ten years beyond conduct (perjury admitted by applicant in 2004) relied upon by Board to reject application—Board's approach to relevant ten-year time period in present case resulting in reviewable error—Evidence clear that, since perjury matter in 2001/2002, deportation in 2006, applicant had completely turned life around in admirable ways—Request for pardon should not have remained fixated on conduct going back to 2001/2002—Board in present case failing to consider strong evidence of good conduct, rehabilitation during meaningful period of time—Resulting in entirely unreasonable decision that fell outside range of possible, acceptable outcomes which defensible in respect of facts, law—Application allowed.

l'art. 4.1(1) de la Loi, si elle a commis une erreur en droit en omettant de tenir compte des facteurs pertinents, et si la décision de la Commission était raisonnable—Le raisonnement sous-jacent à la décision était clair en l'espèce; la décision démontrait la justification, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel exigées par la jurisprudence—Les art. 4.1(1)a) et b) de la Loi ont été examinés—Il semble clair que la période applicable à l'admissibilité s'écoule à compter de « l'expiration légale de la peine » et que le pouvoir discrétionnaire de la Commission lui permettant d'accorder ou de refuser une suspension de dossier à un demandeur en vertu de l'art. 4.1(1) nécessite un examen de la conduite de celui-ci au cours de « la période applicable mentionnée à l'art. 4(1) »—La Commission a adopté une démarche inégale quant à la détermination de la période applicable, soit de la date d'expiration de la peine ou de la date de la demande—Une interprétation littéraire de la Loi a entraîné une injustice grave en l'espèce—La demande de 2014 a été présentée par le demandeur au moins dix ans après l'écart de conduite (parjure avoué par le demandeur en 2004) qui a servi à justifier le refus de celle-ci—La démarche de la Commission quant à la période applicable de dix ans à l'espèce a entraîné une erreur susceptible de révision—La preuve était claire : depuis le parjure de 2001–2002 et son expulsion en 2006, le demandeur avait complètement refait sa vie de façon admirable—Sa demande de réhabilitation n'aurait pas dû être endiguée par un accent indu sur une conduite remontant à 2001-2002—En l'espèce, la Commission a omis de tenir compte d'une preuve solide étayant la bonne conduite et la réadaptation du demandeur au cours d'une période probante de sa vie—Le résultat était entièrement déraisonnable et la décision ne se situait pas parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue), 2016 FC 1352, [2017] 4 F.C.R. 80, has been reversed on appeal (A-465-16, 2018 FCA 51). The reasons for judgment, handed down March 6, 2018, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Schmidt v. Canada (Attorney General), 2016 FC 269, [2016] 3 F.C.R. 477, has been affirmed on appeal (A-105-55, 2018 FCA 55). The reasons for judgment, handed down March 20, 2018, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Canada v. Callidus Capital Corporation, A-400-15, 2017 FCA 162, Rennie and Pelletier JJ.A., judgment dated July 27, 2017, leave to appeal to S.C.C. granted March 22, 2018.

Delizia Limited v. Nevsun Resources Ltd., A-118-16, 2017 FCA 187, Webb J.A., judgment dated September 15, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused March 29, 2018.

Delizia Limited v. Sunridge Gold Corp., A-119-16, 2017 FCA 188, Webb J.A., judgment dated September 15, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused March 29, 2018.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2016 CF 1352, [2017] 4 R.C.F. 80, a été infirmée en appel (A-465-16, 2018 CAF 51). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6 mars 2018, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 269, [2016] 3 R.C.F. 477, a été confirmée en appel (A-105-55, 2018 CAF 55). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 20 mars 2018, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada c. Callidus Capital Corporation, A-400-15, 2017 CAF 162, les juges Rennie et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 27 juillet 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 22 mars 2018.

Delizia Limited c. Nevsun Resources Ltd., A-118-16, 2017 CAF 187, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 15 septembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 mars 2018.

Delizia Limited c. Sunridge Gold Corp., A-119-16, 2017 CAF 188, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 15 septembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 mars 2018.

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2018, Vol. 1, Part 2

2018, Vol. 1, 2e fascicule

A-381-15
2017 FCA 113

Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

Cher Heyser (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HEYSER

Federal Court of Appeal, Nadon, Dawson and Woods JJ.A.—Ottawa, September 14, 2016; May 26, 2017.

Public Service — Jurisdiction — Judicial review of decision by Public Service Labour Relations and Employment Board adjudicator holding that he had jurisdiction in respect of revocation of respondent's reliability status, termination of her employment resulting therefrom, that respondent's termination not made for cause — Respondent, indeterminate employee with Department of Human Resources and Skills Development Canada, forging medical certificate to support ongoing telework arrangement — As result, respondent's reliability status revoked pursuant to Financial Administration Act (FAA), s. 12(1)(e), employment terminated — Respondent filing grievances under Public Service Labour Relations Act (Act), ss. 209(1)(a), (b) — Adjudicator stating, inter alia, having jurisdiction under Act, ss. 209(1)(b),(c) over disciplinary action resulting in termination, termination of employee under FAA, s. 12(1)(d),(e) — Concluding, inter alia, applicant not having legitimate concerns that respondent posing serious risk, that conditions required to revoke reliability status absent — Whether adjudicator having jurisdiction to review revocation of respondent's reliability status — Adjudicator having full jurisdiction to "look through" termination decision to assess underlying decision to revoke respondent's reliability status — Bergey v. Canada (Attorney General), Canada (Attorney General) v. Fethière determinative of jurisdiction issue — Board having jurisdiction to hear, determine decisions revoking reliability status — No longer needing to resort to concept of disguised discipline to assert its jurisdiction under s. 209(1)(b) — Up to Board to determine whether non-disciplinary termination is for cause, whether revocation based on proper, legitimate grounds — Ss. 209(1)(b),(c) free-standing provisions allowing Board to deal with disciplinary, non-disciplinary terminations — Here, as respondent terminated pursuant to FAA, s. 12(1)(e), adjudicator having no choice but to deal with matter under Act, s. 209(1)(c) — Adjudicator's decision reasonable — Application dismissed.

A-381-15
2017 CAF 113

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

c.

Cher Heyser (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HEYSER

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Dawson et Woods, J.C.A.—Ottawa, 14 septembre 2016; 26 mai 2017.

Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire à l'encontre de la décision rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique qui a conclu qu'il avait compétence pour statuer sur la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse et sur le licenciement qui en a résulté et que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé — La défenderesse occupait un emploi à durée indéterminée au ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada et a contrefait un certificat médical pour justifier le maintien de son entente de télétravail — En conséquence, la cote de fiabilité de la défenderesse a été révoquée conformément à l'art. 12(1)e) de la Loi sur la gestion des finances publiques (la LGFP) et elle a été congédiée — La défenderesse a déposé des griefs en application des art. 209(1)a) et b) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (la Loi) — L'arbitre a indiqué, entre autres, qu'il avait clairement compétence en vertu des art. 209(1)b) et c) de la Loi en ce qui concerne une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, et en vertu des art. 12(1)d) et e) de la LGFP, en ce qui concerne le licenciement d'un fonctionnaire — Il a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait pas de préoccupations légitimes selon lesquelles la défenderesse présentait un risque grave au ministère et, par conséquent, que les conditions requises pour révoquer sa cote de fiabilité étaient absentes — Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait compétence pour examiner la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse — L'arbitre avait pleine compétence pour examiner un licenciement afin d'évaluer le bien-fondé de la décision sous-jacente de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse — Les décisions Bergey c. Canada (Procureur général) et Canada (Procureur général) c. Fethière étaient déterminantes quant à la question de la compétence — La Commission a compétence pour statuer sur le bien-fondé des décisions de révoquer la cote de fiabilité — Il n'est plus nécessaire que la Commission invoque le concept des mesures disciplinaires déguisées pour faire valoir

sa compétence en vertu de l'art. 209(1)b) — Il appartient à la Commission de décider si le licenciement pour motif non disciplinaire était motivé et si la révocation est justifiée par des motifs légitimes et valables — Les art. 209(1)b) et c) de la Loi sont des dispositions indépendantes qui permettent à la Commission d'examiner le bien-fondé des licenciements pour des motifs disciplinaires et non disciplinaires — En l'espèce, la défenderesse a été licenciée en vertu de l'art. 12(1)e) de la LGFP; ainsi, l'arbitre n'avait d'autre choix que d'examiner la question en vertu de l'art. 209(1)c) de la Loi — La décision de l'arbitre était raisonnable — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision by an adjudicator of the Public Service Labour Relations and Employment Board (the Board) holding that he had jurisdiction in respect of the revocation of the respondent's reliability status and the termination of her employment resulting therefrom, and that the respondent's termination had not been made for cause.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique (la Commission) qui a conclu qu'il avait compétence pour statuer sur la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse et sur le licenciement qui en a résulté et que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé.

The respondent, an indeterminate employee, worked as an appeals specialist benefits officer at the Department of Human Resources and Skills Development Canada (Department). She started a telework arrangement, supported by a medical certificate from her family physician, Dr. Tse. Dr. Tse later terminated their doctor-patient relationship. When asked by her manager to supply a new medical certificate to support her ongoing telework arrangement, the respondent sent her a forged medical certificate. The respondent's manager obtained confirmation from Dr. Tse's office manager that the new certificate had not been issued by Dr. Tse. An administrative investigator issued a report in which he concluded that the respondent had committed forgery. A reliability status reassessment report recommended the revocation of the respondent's reliability status. The respondent's reliability status was revoked pursuant to paragraph 12(1)(e) of the *Financial Administration Act* (FAA) and her employment terminated. The respondent filed two grievances under paragraphs 209(1)(a) and (b) of the *Public Service Labour Relations Act* (Act).

La défenderesse occupait un emploi à durée indéterminée au ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada (le Ministère) à titre d'agente aux bénéfices spécialiste des appels. Elle a conclu une entente de télétravail, laquelle était étayée par un certificat médical délivré par son médecin de famille, la Dr Tse. La Dr Tse a plus tard mis fin à leur relation médecin-patient. Lorsque son gestionnaire lui a demandé de fournir un nouveau certificat médical pour justifier le maintien de son entente de télétravail, la défenderesse lui a envoyé un faux certificat. Le gestionnaire de la défenderesse a obtenu la confirmation du gestionnaire du bureau de la Dr Tse que le nouveau certificat n'avait pas été délivré par la Dr Tse. Un enquêteur administratif a produit un rapport dans lequel il a conclu que la défenderesse avait commis un faux. Un rapport de réévaluation de la cote de fiabilité a recommandé la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse. La cote de fiabilité de la défenderesse a été révoquée conformément à l'alinéa 12(1)e) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP) et elle a été congédiée. La défenderesse a déposé deux griefs en application des alinéas 209(1)a) et b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la Loi).

The adjudicator stated, *inter alia*, that he clearly had jurisdiction under paragraph 209(1)(b) of the Act over a disciplinary action resulting in termination. Similarly, an adjudicator clearly has jurisdiction under paragraph 209(1)(c) of the Act over the termination of an employee in the core public administration under paragraph 12(1)(d) of the FAA for unsatisfactory performance or under paragraph 12(1)(e) of the FAA for any other reason that does not relate to a breach of discipline or misconduct. The adjudicator concluded, *inter alia*, that the applicant did not have legitimate concerns that the respondent posed a serious risk to the Department and hence, that the conditions required to revoke her reliability

L'arbitre a indiqué, entre autres, qu'il avait clairement compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b) de la Loi en ce qui concerne une mesure disciplinaire entraînant le licenciement. De même, un arbitre de grief a clairement compétence en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi, en ce qui concerne le licenciement d'un fonctionnaire de l'administration publique centrale en vertu de l'alinéa 12(1)d) de la LGFP pour l'insuffisance du rendement ou en vertu de l'alinéa 12(1)e) de la LGFP pour toute raison autre qu'un manquement à la discipline ou une inconduite. L'arbitre a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait pas de préoccupations légitimes selon lesquelles la défenderesse présentait un risque grave au

status were absent. In his view, the respondent's termination "constituted a contrived reliance on the FAA, a sham or camouflage".

The main issue was whether the adjudicator had jurisdiction to review the revocation of the respondent's reliability status.

Held, the application should be dismissed.

The adjudicator had full jurisdiction to "look through" the termination decision to assess, on its merits, the underlying decision to revoke the respondent's reliability status. The decisions in *Bergey v. Canada (Attorney General)* and in *Canada (Attorney General) v. Fethière* were determinative of the jurisdiction issue. There can be no doubt, on the basis of those decisions, that the Board has jurisdiction, pursuant to paragraph 209(1)(c) of the Act and paragraph 12(1)(e) and subsection 12(3) of the FAA, to hear and determine, on their merits, decisions made by an employer revoking an employee's reliability status. In dealing with terminations that result from non-disciplinary grounds, it is no longer necessary for the Board to resort to the concept of disguised discipline to assert its jurisdiction under paragraph 209(1)(b) since the Board has full jurisdiction under paragraph 209(1)(c) to deal with non-disciplinary terminations. Thus, in circumstances similar to those that gave rise to the present litigation, it is up to the Board to determine whether the non-disciplinary termination is for cause. Consequently, the Board must, on the basis of the relevant facts surrounding the revocation and in the light of the relevant policies enacted by Treasury Board as the employer, determine whether the termination is for cause, which means inquiring into whether the revocation is based on proper and legitimate grounds. If the revocation is justified on the basis of the relevant policies then the resulting termination was for cause. When the employer terminates an employee on non-disciplinary grounds, i.e. because the employee has lost his or her reliability status, the Board must determine whether the revocation leading to the termination is justified. It is not open for the employer to change its tack before the Board and assert that the termination should be considered, in the alternative, as having been made on disciplinary grounds so as to allow the employer to argue that if termination is not the proper sanction, then some lesser sanction is in order. Paragraphs 209(1)(b) and (c) of the Act are free-standing provisions that allow the Board to deal, on their merits, with both disciplinary and non-disciplinary terminations. Whether the revocation is the result of disguised discipline or some other non-legitimate ground, the result is that the Board will set aside the termination and may order the reinstatement of the employee. In the current legislative context, the concept of disguised discipline no longer has the importance that it had under the previous case law. The

ministère et, par conséquent, que les conditions requises pour révoquer sa cote de fiabilité étaient absentes. Selon lui, le licenciement de la défenderesse « constituait une invocation factice de la *LGFP*, un subterfuge ou un camouflage ».

Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait compétence pour examiner la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'arbitre avait pleine compétence pour examiner un licenciement afin d'évaluer le bien-fondé de la décision sous-jacente de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse. Les décisions *Bergey c. Canada (Procureur général)* et *Canada (Procureur général) c. Féthière* étaient déterminantes quant à la question de la compétence. Il ne fait aucun doute, en raison de ces décisions, que la Commission a compétence, en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi ainsi que de l'alinéa 12(1)e) et du paragraphe 12(3) de la LGFP, pour statuer sur le bien-fondé des décisions prises par un employeur de révoquer la cote de fiabilité d'un employé. Pour examiner les licenciements résultant de mesures non disciplinaires, il n'est plus nécessaire que la Commission invoque le concept des mesures disciplinaires déguisées pour faire valoir sa compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b), puisque l'alinéa 209(1)c) lui reconnaît pleine compétence en matière de licenciements pour motifs non disciplinaires. Dans des circonstances semblables à celles ayant mené au présent litige, il appartient donc à la Commission de décider si le licenciement pour motif non disciplinaire était motivé. En conséquence, pour y parvenir, la Commission doit décider, en se basant sur les faits pertinents ayant mené à la révocation et sur les politiques pertinentes adoptées par le Conseil du Trésor en sa qualité d'employeur, si le licenciement est motivé, ce qui signifie qu'elle doit faire enquête pour décider si la révocation est justifiée par des motifs légitimes et valables. Si la révocation est justifiée eu égard aux politiques pertinentes, le licenciement qui en résulte est motivé. Lorsque l'employeur licencie un employé pour des motifs non disciplinaires, par exemple parce que l'employé a perdu sa cote de fiabilité, la Commission doit décider si la révocation à l'origine du licenciement était justifiée. Il n'est pas loisible à l'employeur de modifier sa thèse devant la Commission et d'affirmer que le licenciement devrait subsidiairement être considéré comme résultant de mesures disciplinaires pour que l'employeur puisse prétendre qu'une autre sanction moins sévère était justifiée, même si le licenciement ne l'était pas. Les alinéas 209(1)b) et c) de la Loi sont des dispositions indépendantes qui permettent à la Commission d'examiner le bien-fondé des licenciements pour des motifs disciplinaires et non disciplinaires. Que la révocation résulte de mesures disciplinaires déguisées ou de quelque autre motif non valable, la Commission annulera le licenciement et peut ordonner la réintégration de l'employé. Le concept des mesures disciplinaires

respondent was terminated pursuant to paragraph 12(1)(e) of the FAA. Thus, the adjudicator had no choice but to deal with the matter under paragraph 209(1)(c) of the Act which grants adjudicators jurisdiction over terminations made under paragraphs 12(1)(d) and 12(1)(e) of the FAA. Finally, the adjudicator's decision that the respondent's termination was not made for cause was reasonable.

déguisées n'a plus, dans le contexte légal actuel, l'importance qu'il avait dans l'ancienne jurisprudence. La défenderesse a été licenciée en vertu de l'alinéa 12(1)e) de la LGFP. Ainsi, l'arbitre n'avait d'autre choix que d'examiner la question en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi qui confère aux arbitres compétence pour contrôler les licenciements en vertu des alinéas 12(1)d) et 12(1)e) de la LGFP. Enfin, l'arbitre a rendu une décision raisonnable en concluant que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 366.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 12(1),(3).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, **s. 2**, s. 209.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 366.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 12(1),(3).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, **art. 2**, art. 209.

CASES CITED

APPLIED:

Chamberlain v. Canada (Attorney General), 2012 FC 1027, 417 F.T.R. 225; *Bergey v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 30, [2017] CLLC 220-024, revg 2015 FC 617, 481 F.T.R 19; *Canada (Attorney General) v. Féthière*, 2017 FCA 66, affg *Féthière v. Deputy Head (Royal Canadian Mounted Police)*, 2016 PSLREB 16, 126 C.L.A.S. 246.

REFERRED TO:

Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 S.C.R. 756, (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; *Hillis v. Treasury Board (Department of Human Resources Development)*, 2004 PSSRB 151, 79 C.L.A.S. 272; *Zhang v. Treasury Board (Privy Council Office)*, 2005 PSLRB 173, 85 C.L.A.S. 24; *Gill v. Treasury Board (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2009 PSLRB 19, 97 C.L.A.S. 173; *Braun v. Deputy Head (Royal Canadian Mounted Police)*, 2010 PSLRB 63, 102 C.L.A.S. 67; *Nasrallah v. Deputy Head (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2012 PSLRB 12, 109 C.L.A.S. 326; *Grant v. Deputy Head (Canada Border Agency)*, 2016 PSLREB 37, 2016 LNPSLEB 37 (QL).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Chamberlain c. Canada (Procureur général), 2012 CF 1027; *Bergey c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 30, infirmant 2015 CF 617; *Canada (Procureur général) c. Féthière*, 2017 CAF 66, confirmant *Féthière c. Administrateur général (Gendarmerie royale du Canada)*, 2016 CRTEFP 16.

DÉCISIONS CITÉES :

Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756; *Hillis c. Conseil du Trésor (Ministère du Développement des ressources humaines)*, 2004 CRTFP 151; *Zhang c. Conseil du Trésor (Bureau du Conseil Privé)*, 2005 CRTFP 173; *Gill c. Conseil du Trésor (Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2009 CRTFP 19; *Braun c. Administrateur général (Gendarmerie royale du Canada)*, 2010 CRTFP 63; *Nasrallah c. Administrateur général (Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2012 CRTFP 12; *Grant c. Administrateur général (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2016 CRTEFP 37, 2016 LNCRTEFP 37 (QL).

AUTHORS CITED

Treasury Board of Canada. *Personnel Security Standard*.
Treasury Board of Canada. *Values and Ethics Code for the Public Service*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2003.

DOCTRINE CITÉE

Conseil du Trésor du Canada. *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*. Ottawa : Ministre des Travaux Publics et Services gouvernementaux, 2003.

Conseil du Trésor du Canada. *Norme sur la sécurité du personnel.*

APPLICATION for judicial review of a decision (2015 PSLREB 70, 260 L.A.C. (4th) 225) by an adjudicator of the Public Service Labour Relations and Employment Board holding that he had jurisdiction in respect of the revocation of the respondent's reliability status and the termination of her employment resulting therefrom, and that the respondent's termination had not been made for cause. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision (2015 CRTEFP 70) rendue par un arbitre de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique qui a conclu qu'il avait compétence pour statuer sur la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse et sur le licenciement qui en a résulté et que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé. Demande rejetée.

APPEARANCES

Michel Girard for applicant.
Andrew Raven for respondent.

ONT COMPARU

Michel Girard pour le demandeur.
Andrew Raven pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP, Ottawa, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

NADON J.A.:

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

I. Introduction

[1] Before us is an application by the Attorney General of Canada for judicial review of a decision dated August 5, 2015 ([*Heyser v. Deputy Head (Department of Employment and Social Development) and Treasury Board (Department of Employment and Social Development)*], 2015 PSLREB 70, 260 L.A.C. (4th) 225) made by adjudicator Steven B. Katkin (the adjudicator) of the Public Service Labour Relations and Employment Board (the Board). More particularly, the adjudicator held that he had jurisdiction in respect of the revocation of the respondent's reliability status and the termination of her employment resulting therefrom and that, on the merits, the respondent's termination had not been made for cause. Consequently, he ordered that the respondent be reinstated retroactive to April 27, 2012.

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada à l'encontre de la décision rendue le 5 août 2015 ([*Heyser c. Administration général (ministère de l'Emploi et du Développement social) et Conseil du Trésor (ministère de l'Emploi et du Développement social)*], 2015 CRTEFP 70) par l'arbitre de grief Steven B. Katkin (l'arbitre) de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique (la Commission). Plus précisément, l'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour statuer sur la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse et sur le licenciement qui en a résulté et que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé. Il a donc ordonné que la défenderesse soit réintégrée dans son poste avec effet rétroactif au 27 avril 2012.

[2] For the reasons that follow, I am of the opinion that we should dismiss the Attorney General's judicial review application.

II. Facts

[3] The respondent, an indeterminate employee, worked at the Department of Human Resources and Skills Development Canada (as it was then called) in the Employment Insurance Pay and Processing Division. She worked as an appeals specialist benefits officer in Edmonton, Alberta.

[4] In 2008, the respondent, with the approval of her employer, started a telework arrangement which allowed her to work from her home in order to care for family members, particularly her two special needs sons. This arrangement was supported by a medical certificate from her family physician, Dr. Jennifer Tse.

[5] Dr. Tse terminated the doctor-patient relationship with the respondent by way of a letter dated July 9, 2010, in which she indicated that she was cutting back her family practice because of the increased demand of her cosmetics practice. Dr. Tse concluded her letter by advising the respondent that she should "find a new family physician".

[6] In September 2010, the respondent's manager asked her to supply a new medical certificate to support her ongoing telework arrangement. The respondent did not provide such a certificate until April 11, 2011 when she sent her manager a scanned copy of a new medical certificate from Dr. Tse dated March 31, 2011. The respondent's manager was immediately concerned about the certificate's authenticity. On April 19, 2011, Dr. Tse's Office Manager confirmed to the respondent's manager that the March 31, 2011 certificate had not been issued by Dr. Tse.

[7] On April 27, 2011, the respondent attended a fact-finding meeting with her manager, a union representative and another manager. During the course of

[2] Pour les motifs énoncés ci-après, je suis d'avis que la demande de contrôle judiciaire du procureur général devrait être rejetée.

II. Les faits

[3] La défenderesse occupait un emploi à durée indéterminée au ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada (tel était son nom à l'époque) à la Division de la rémunération et du traitement de l'assurance-emploi, à titre d'agente aux bénéfices spécialiste des appels, à Edmonton (Alberta).

[4] En 2008, avec l'approbation de son employeur, la défenderesse a conclu une entente de télétravail qui l'autorisait à travailler à la maison afin de pouvoir prendre soin de membres de sa famille, plus précisément de ses deux fils qui avaient des besoins particuliers. Cette entente était étayée par un certificat médical délivré par le médecin de famille de la défenderesse, la Dr Jennifer Tse.

[5] Dans une lettre du 9 juillet 2010, la Dr Tse a informé la défenderesse qu'elle mettait fin à la relation médecin-patient, car elle voulait réduire sa charge de médecine familiale pour se consacrer davantage à la pratique de la médecine esthétique. La Dr Tse a conclu sa lettre en recommandant à la défenderesse de [TRADUCTION] « trouver un nouveau médecin de famille ».

[6] En septembre 2010, le gestionnaire de la défenderesse lui a demandé de fournir un nouveau certificat médical pour justifier le maintien de son entente de télétravail. Ce n'est que le 11 avril 2011 que la défenderesse a fourni à son gestionnaire une copie numérisée d'un nouveau certificat médical délivré par la Dr Tse le 31 mars 2011. Le gestionnaire de la défenderesse a immédiatement eu des doutes quant à l'authenticité du certificat. Le 19 avril 2011, le gestionnaire du bureau de la Dr Tse a confirmé au gestionnaire de la défenderesse que le certificat du 31 mars 2011 n'avait pas été délivré par la Dr Tse.

[7] Le 27 avril 2011, la défenderesse a été convoquée à une réunion d'établissement des faits, en présence de son gestionnaire, d'un représentant syndical et d'un autre

the meeting, she presented a medical certificate dated April 27, 2011 issued by Dr. Paul Johnson to the effect that she could not work from April 27, 2011 to June 3, 2011 because of medical illness. There is no dispute as to the authenticity of this certificate.

[8] The respondent had surgery in May 2011 and returned to work on October 17, 2011, albeit part time. She resumed full time work in November 2011. Following her return, her work was monitored closely and checked by other staff members because of concerns regarding her performance.

[9] On October 25, 2011, the respondent's manager sent to the respondent a letter informing her that she was the subject of an administrative investigation pertaining to Dr. Tse's medical certificate of March 31, 2011. On November 2, 2011, an administrative investigator interviewed the respondent.

[10] The administrative investigator, Mr. Frank Bourque, a senior investigator, issued his report on February 2, 2012 in which he concluded that the respondent had committed forgery under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] (section 366) and that she had violated the *Values and Ethics Code for the Public Service*. The report, approved by Mr. Peter Boyd, Director General and Departmental Security Officer, was sent to Mr. Andy Netzel, Executive Head of Service Management. As per procedure, the matter was also referred to internal security for a reliability status reassessment.

[11] A reliability status reassessment report dated April 17, 2012 was prepared by a Departmental Security Officer who recommended the revocation of the respondent's reliability status. The reliability report was approved by the Manager, Personnel Security, Mr. Claude E. Jacques, on April 18, 2012 and by Ms. Lucie Clément, Director, Corporate Security on April 20, 2012.

[12] On April 23, 2012, the respondent met with a Service Manager and a union representative. At this

gestionnaire. Durant cette réunion, la défenderesse a présenté un certificat médical délivré par le D[r] Paul Johnson le 27 avril 2011, sur lequel il était indiqué que la défenderesse aurait à s'absenter du travail du 27 avril 2011 au 3 juin 2011 pour cause de maladie. L'authenticité de ce certificat n'a pas été remise en doute.

[8] La défenderesse a subi une opération en mai 2011 et elle est retournée au travail le 17 octobre 2011, à temps partiel. Elle a repris son travail à temps plein en novembre 2011. À son retour au travail, la défenderesse a fait l'objet d'une surveillance étroite de la part des autres fonctionnaires en raison de doutes au sujet de son rendement.

[9] Le 25 octobre 2011, le gestionnaire de la défenderesse lui a fait parvenir une lettre l'informant qu'elle faisait l'objet d'une enquête administrative au sujet du certificat médical de la D[r] Tse du 31 mars 2011. Le 2 novembre 2011, la défenderesse a été interrogée par un enquêteur.

[10] Frank Bourque, enquêteur principal, a remis son rapport le 2 février 2012. Dans ce rapport, M. Bourque a conclu que la défenderesse avait commis un faux au sens de l'article 366 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et qu'elle avait contrevenu au *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*. Ce rapport a été approuvé par Peter Boyd, directeur général et agent de sécurité du ministère, et envoyé à Andy Netzel, cadre de direction de la gestion des services. Conformément à la procédure établie, l'affaire a également été renvoyée au service de la sécurité interne pour réévaluation de la cote de fiabilité de la défenderesse.

[11] Le rapport de réévaluation de la cote de fiabilité du 17 avril 2012 a été rédigé par un agent de sécurité du ministère, qui a recommandé la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse. Le rapport de fiabilité a été approuvé par Claude E. Jacques, gestionnaire de la sécurité du personnel, le 18 avril 2012, et par Lucie Clément, directrice de la sécurité ministérielle, le 20 avril 2012.

[12] Le 23 avril 2012, la défenderesse a eu une rencontre avec un chef de service et un représentant

meeting, she was given a copy of the administrative investigation report and asked to respond to it. Two days later, she submitted her comments to the Service Manager via email.

[13] On April 27, 2012, Mr. Netzel sent a letter to the respondent advising her that pursuant to paragraph 12(1)(e) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, (the FAA), the Departmental Security Officer had revoked her reliability status and that, as a result, he was terminating her employment "immediately".

[14] On June 11, 2012, the respondent filed two grievances challenging both the termination of her employment and the revocation of her reliability status. In both grievances, the respondent declared [at paragraph 4 of 2015 PSLREB 70] that she was "grieving the revocation of my security clearance status and termination of employment".

[15] The grievances were referred to the adjudicator on July 29, 2013. The first grievance was referred under paragraph 209(1)(b) of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, **s. 2** (the Act [or PSLRA]), (disciplinary action resulting in termination, demotion, suspension or financial penalty). The second grievance, in which the respondent alleged a violation of the collective agreement, was referred under paragraph 209(1)(a) of the Act (interpretation or application of a provision of a collective agreement).

III. The Board's Decision

[16] The adjudicator began by summarizing the evidence before him which included the testimony of five witnesses for the applicant and that of the respondent. He then set out the parties' respective arguments, noting that the applicant was contesting his jurisdiction in regard to the revocation of the respondent's reliability status. In particular, the adjudicator noted that the applicant's position was that he could only review the merits of the respondent's loss of her reliability status if he was of the view that it constituted disguised discipline on the part of the employer. If that were the case,

syndical. Durant cette rencontre, on lui a remis une copie du rapport d'enquête administrative et on l'a invitée à y réagir. Deux jours plus tard, la défenderesse a envoyé ses commentaires au chef de service par courriel.

[13] Le 27 avril 2012, M. Netzel a envoyé une lettre à la défenderesse l'informant que, conformément à l'alinéa 12(1)e) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP), l'agent de sécurité du ministère avait révoqué sa cote de fiabilité et que, pour cette raison, il mettait fin [TRADUCTION] « immédiatement » à son emploi.

[14] Le 11 juin 2012, la défenderesse a déposé deux griefs contestant à la fois son licenciement et la révocation de sa cote de fiabilité. Dans ces deux griefs, la défenderesse a déclaré [au paragraphe 4 de 2015 CRTEFP 70] qu'elle [TRADUCTION] « dépose un grief contre mon licenciement et la révocation du statut de ma cote de fiabilité ».

[15] Les griefs ont été renvoyés à l'arbitrage le 29 juillet 2013. Le premier grief a été renvoyé à l'arbitrage en application de l'alinéa 209(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, **art. 2** (la Loi [ou la LRTFP]) (mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la rétrogradation, la suspension ou une sanction pécuniaire). Le deuxième grief, dans lequel la défenderesse alléguait une violation de la convention collective, a été renvoyé en application de l'alinéa 209(1)a) de la Loi (interprétation ou application d'une disposition d'une convention collective).

III. La décision de la Commission

[16] L'arbitre a commencé par résumer la preuve qui lui avait été présentée, laquelle comprenait les témoignages de cinq témoins du demandeur et de celui de la défenderesse. Il a ensuite exposé les observations des parties, soulignant que le demandeur contestait la compétence de l'arbitre en ce qui a trait à la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse. L'arbitre a notamment relevé la thèse du demandeur selon laquelle l'arbitre n'était habilité à examiner le bien-fondé de la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse que s'il estimait que cette révocation constituait une mesure

according to the applicant, the adjudicator then had jurisdiction pursuant to paragraph 209(1)(b) of the Act.

[17] Commencing at paragraph 130 of the Board's reasons, the adjudicator stated his reasons for concluding in favour of the respondent. He began by setting out section 209 of the Act in respect of which he made the following comments, at paragraph 134 of his reasons:

> An adjudicator clearly has jurisdiction under paragraph 209(1)(*b*) of the *PSLRA* over a disciplinary action resulting in termination. Similarly, an adjudicator clearly has jurisdiction under paragraph 209(1)(*c*) of the *PSLRA* over the termination of an employee in the core public administration under paragraph 12(1)(*d*) of the *FAA* for unsatisfactory performance or under paragraph 12(1)(*e*) of the *FAA* for any other reason that does not relate to a breach of discipline or misconduct. As the grievor was an employee in the core public administration, it therefore follows that an adjudicator has jurisdiction under paragraphs 209(1)(*b*) and (*c*) of the *PSLRA* over her termination whether it resulted from disciplinary action, from unsatisfactory performance or from any other reason that did not relate to a breach of discipline or misconduct. Although subsection 208(2) and paragraph 211(*a*) of the *PSLRA* provide for specific exceptions to an adjudicator's jurisdiction with respect to terminations, those exceptions do not apply in the grievor's case. Accordingly, an adjudicator has full jurisdiction over the grievor's termination.

[18] The adjudicator was clearly satisfied that since the respondent was an employee in the core public administration, he had jurisdiction on the basis of paragraphs 209(1)(b) and (c) of the Act and paragraphs 12(1)(d) and (e) of the FAA.

[19] Then, at paragraph 136 of the Board's reasons, the adjudicator stated that it was the applicant's position (the applicant before us is the Attorney General of Canada but before the Board the corresponding parties were the Treasury Board and the Deputy Head of the Department of Employment and Social Development) that if he was satisfied that the respondent's employment had been terminated by reason of the revocation

disciplinaire déguisée de la part de l'employeur. Le cas échéant, soutenait le demandeur, l'arbitre avait alors compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b) de la Loi.

[17] L'arbitre a commencé à exposer les motifs de sa décision en faveur de la défenderesse au paragraphe 130 des motifs. Il a commencé en citant l'article 209 de la Loi, à l'égard duquel il a formulé les commentaires suivants au paragraphe 134 de ses motifs :

> Un arbitre de grief a clairement compétence en vertu de l'alinéa 209(1)*b*) de la *LRTFP* en ce qui concerne une mesure disciplinaire entraînant le licenciement. De même, un arbitre de grief a clairement compétence en vertu de l'alinéa 209(1)*c*) de la *LRTFP*, en ce qui concerne le licenciement d'un fonctionnaire de l'administration publique centrale en vertu de l'alinéa 12(1)*d*) de la *LGFP* pour l'insuffisance du rendement ou en vertu de l'alinéa 12(1)*e*) de la *LGFP* pour toute raison autre qu'un manquement à la discipline ou une inconduite. Étant donné que la fonctionnaire était fonctionnaire de l'administration publique centrale, il s'ensuit donc qu'un arbitre de grief a compétence en vertu des alinéas 209(1)*b*) et *c*) de la *LRTFP* en ce qui concerne son licenciement, peu importe qu'il ait découlé d'une mesure disciplinaire, de l'insuffisance du rendement ou de toute autre raison qui n'est pas un manquement à la discipline ou une inconduite. Même si le paragraphe 208(2) et l'alinéa 211*a*) de la *LRTFP* prévoient des exceptions précises en ce qui concerne la compétence d'un arbitre de grief relativement aux licenciements, ces exceptions ne s'appliquent pas dans le cas de la fonctionnaire. Par conséquent, un arbitre de grief a pleine compétence en ce qui concerne le licenciement de la fonctionnaire.

[18] L'arbitre était notamment convaincu que, puisque la défenderesse était fonctionnaire de l'administration publique centrale, il avait compétence en vertu des alinéas 209(1)b) et c) de la Loi et des alinéas 12(1)d) et e) de la LGFP.

[19] Au paragraphe 136 des motifs de la Commission, l'arbitre a mentionné que le demandeur (en l'espèce, le demandeur est le procureur général du Canada, mais les parties correspondantes devant la Commission étaient le Conseil du Trésor et l'administrateur général du ministère de l'Emploi et du Développement social) prétendait que l'arbitre devait mettre fin à son examen s'il concluait que le licenciement de la défenderesse

of her reliability status, then his review of the matter came to an end. The adjudicator made it clear that he did not agree with that position. In his view, it was his task to decide whether the revocation of the respondent's reliability status constituted "a legitimate cause for terminating her employment".

[20] Then, from paragraphs 137 to 154 of the Board's reasons, the adjudicator dealt with the circumstances leading to the respondent's loss of her reliability status. He first addressed the fact-finding meeting of April 27, 2011 and indicated that at the time of that meeting the employer was aware that the respondent had submitted a fraudulent medical certificate, adding that during the course of the meeting, the respondent was asked to explain how she had obtained that medical certificate.

[21] He then highlighted the fact that from April 27, 2011, the respondent had been absent from work on medical leave until her return to work on October 17, 2011, adding that from that date until her employment was terminated on April 27, 2012, she worked on the employer's premises.

[22] The adjudicator then referred to a letter sent to the respondent on October 25, 2011, which informed her that she was the subject of an administrative investigation concerning the falsification of the medical certificate and that she would be interviewed in regard thereto on November 2, 2011. The adjudicator then stated that during the course of that interview the respondent admitted to having written the 2011 certificate by copying and pasting Dr. Tse's signature from another document in her possession.

[23] Then, at paragraph 141 of the Board's reasons, the adjudicator referred to the administrative investigation report issued on February 2, 2012 which concluded that there was evidence that the respondent had forged a document and that she had contravened the "Ethical Values" section of the *Values and Ethics Code for the Public Service*.

[24] He then referred to a letter sent by Mr. Boyd to Mr. Netzel dated February 2, 2012, in which Mr. Boyd informed Mr. Netzel that the administrative investigation

était fondé sur la révocation de sa cote de fiabilité. L'arbitre s'est clairement dit en désaccord avec cette thèse, estimant qu'il était de son devoir de décider si la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse constituait « un motif valable de licenciement ».

[20] Puis, aux paragraphes 137 à 154 des motifs de la Commission, l'arbitre a examiné les circonstances ayant mené à la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse. Il s'est d'abord penché sur la réunion d'établissement des faits tenue le 27 avril 2011, soulignant que, lors de cette rencontre, l'employeur était déjà au courant que la défenderesse avait produit un faux certificat médical et qu'on lui avait demandé d'expliquer comment elle s'était procuré ce certificat.

[21] Il a ensuite souligné le fait que la défenderesse a été en arrêt de travail pour cause de maladie à partir du 27 avril 2011; lors de son retour au travail le 17 octobre 2011, elle a travaillé dans les locaux de l'employeur jusqu'à son licenciement, le 27 avril 2012.

[22] L'arbitre a ensuite mentionné une lettre envoyée à la défenderesse le 25 octobre 2011 pour l'informer qu'elle faisait l'objet d'une enquête administrative liée à la falsification d'un certificat médical et qu'elle serait interrogée à ce sujet le 2 novembre 2011. L'arbitre a précisé que, durant cette entrevue, la défenderesse a admis avoir rédigé le certificat de 2011 et avoir copié-collé la signature de la Dr Tse à partir d'un autre document qu'elle avait en sa possession.

[23] Au paragraphe 141 des motifs de la Commission, l'arbitre a fait référence au rapport de l'enquête administrative du 2 février 2012 qui concluait que des éléments de preuve indiquaient que la défenderesse avait préparé un faux document et qu'elle avait contrevenu à la section « Valeurs liées à l'éthique » du *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique*.

[24] Il a ensuite mentionné une lettre que M. Boyd a envoyée à M. Netzel le 2 février 2012, dans laquelle M. Boyd l'informait que l'enquête administrative avait

had concluded that the respondent had contravened the *Values and Ethics Code for the Public Service* and the "Guidelines of Conduct for the Public Service".

[25] The adjudicator then addressed the reliability status reassessment report of April 17, 2012, indicating that this report had been issued two and a half months after the completion of the administrative investigation report on which it was based. The adjudicator, at paragraphs 144 and 145 of the Board's reasons, reproduced extracts from the reliability status reassessment report. First, he reproduced an extract cited in the report taken from "Appendix B—Guidance on Use of Information for Reliability Checks" of the *Personnel Security Standard*:

> *3. In checking reliability, the question to be answered is whether the individual can be relied upon not to abuse the trust that might be accorded. In other words, is there reasonable cause to believe that the individual may steal valuables, exploit assets and information for personal gain, fail to safeguard information and assets entrusted to him or her, or exhibit behaviour that would reflect negatively on their reliability. Such decisions are to involve an assessment of any risks attached to making the appointment or assignment, and, based on the level of reliability required and the nature of the duties to be performed, a judgement of whether such risks are acceptable or not.* [Emphasis added by adjudicator.]

[26] Second, the adjudicator reproduced the following extract from the reliability status reassessment report which dealt with the respondent's behaviour:

> *Ms. Heyser's behaviour, lies, contradictions as well as her initial denial regarding the falsification of a doctor's letter call into question her trustworthiness and reflect negatively on her reliability status.*
>
> ...
>
> *Notwithstanding her explanations, as delineated in* [the administrative investigation report], *by creating, forging and submitting a document knowing fully that it to be false* [*sic*] *with intent that it should have been acted*

conclu que la défenderesse avait contrevenu au *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* ainsi qu'aux Lignes directrices de conduite pour la fonction publique.

[25] Puis, l'arbitre a examiné le rapport de réévaluation de la cote de fiabilité du 17 avril 2012, précisant que ce rapport avait été présenté deux mois et demi après le rapport de l'enquête administrative sur lequel il était fondé. Aux paragraphes 144 et 145 des motifs de la Commission, l'arbitre a cité des extraits du rapport de réévaluation de la cote de fiabilité. Il a d'abord cité un passage extrait de l'« Annexe B — Lignes directrices concernant l'utilisation des informations pour les vérifications de fiabilité » de la Norme sur la sécurité du personnel :

> *3. En vérifiant la fiabilité de la personne, il faut se demander s'il peut se montrer digne de la confiance qu'on lui accordera. Autrement dit, il faut chercher à savoir s'il pourrait voler des objets précieux, utiliser à son profit les biens et renseignements auxquels il aura accès ou ne pas protéger les biens et renseignements, ou se comporter d'une façon qui nuirait à leur protection. Pour ce faire, il faut évaluer les risques éventuels entraînés par la nomination ou l'affectation et, compte tenu du degré de fiabilité requis et de la nature des fonctions à remplir, déterminer si ces risques sont acceptables ou non.* [Italiques et souligné dans la décision de l'arbitre.]

[26] L'arbitre a ensuite cité l'extrait suivant du rapport de réévaluation de la cote de fiabilité portant sur le comportement de la défenderesse :

> [TRADUCTION]
>
> [...]
>
> *Le comportement, les mensonges et les contradictions, et le déni initial affichés par Mme Heyser relativement à la falsification d'une lettre d'un médecin, mettent en doute sa franchise et ont une incidence négative sur sa cote de fiabilité.*
>
> [...]
>
> *En dépit de ses explications présentées dans le rapport sur l'enquête administrative, en créant, en contrefaisant et en remettant un document en sachant parfaitement qu'il est faux dans l'intention qu'il fasse l'objet de*

upon, Ms. Heyser acted contrary to the Criminal Code, *the* Values and Ethics Code for the Public Service *and the* Guidelines of Conduct for Service Canada.

Ms. Heyser's activity as described above calls into question her trustworthiness and features of character and overall suitability, which are central tenets of obtaining and maintaining a Reliability Status.

...

... she placed the trust required of her as an employee of HRSDC in jeopardy and is significant enough to sever the bond of trust that exists between the employee and the employer. [Emphasis added by adjudicator.]

[27] Then, at paragraph 146 of the Board's reasons, the adjudicator pointed to the fact that Mr. Boyd had testified that the possibility that the respondent might have committed a criminal act by forging the medical certificate was not something that he considered in revoking her reliability status. The adjudicator further stated that Mr. Boyd had made it clear that his decision to revoke the respondent's reliability status had been based solely on the fact that she "had broken the bond of trust by presenting a fraudulent medical document to management".

[28] Then, at paragraph 147 of the Board's reasons, the adjudicator indicated that Mr. Boyd had also testified that the revocation of the respondent's reliability status "was based entirely on the reliability status reassessment report, which recommended that, because of her actions, she was no longer trustworthy", adding, however, that in an undated letter addressed to Mr. Netzel, Mr. Boyd had informed him that his decision to revoke was based on the administrative investigation report.

[29] Then, at paragraph 148 of the Board's reasons, the adjudicator referred to Mr. Netzel's testimony that he had not been involved in the revocation of the respondent's reliability status and that he had terminated her because she no longer met a condition of employment following the loss of her reliability status.

mesures, Mme Heyser a agi de façon contraire au Code criminel, *au* Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique *et aux* Lignes directrices de conduite pour la fonction publique.

L'activité de Mme Heyser susmentionnée met en doute sa franchise et ses traits de caractère, de même que son aptitude en général, lesquels sont des principes fondamentaux pour l'obtention et le maintien d'une cote de fiabilité.

[...]

[...] *Elle a mis la confiance exigée de sa part en tant qu'employée de RHDCC en péril, ce qui est suffisamment grave pour endommager le lien de confiance qui existe entre l'employée et l'employeur.* [Italiques et souligné dans la décision de l'arbitre.]

[27] Au paragraphe 146 des motifs, l'arbitre a souligné le fait que M. Boyd avait témoigné que la possibilité que la défenderesse puisse avoir commis un acte criminel en falsifiant le certificat médical n'avait pas été un facteur pris en compte dans sa décision de révoquer sa cote de fiabilité. L'arbitre a ajouté que M. Boyd avait clairement indiqué que sa décision de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse avait été fondée uniquement sur le fait qu'elle « avait brisé le lien de confiance en présentant un document médical frauduleux à la direction ».

[28] Au paragraphe 147, l'arbitre a indiqué que M. Boyd avait également témoigné que la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse « se fondait entièrement sur le rapport sur la nouvelle évaluation de la cote de fiabilité, qui recommandait qu'en raison de ses actes, elle n'était plus digne de confiance », ajoutant toutefois que, dans une lettre non datée envoyée à M. Netzel, M. Boyd l'avait informé que sa décision de révoquer la cote de fiabilité se fondait sur le rapport de l'enquête administrative.

[29] Il a ensuite mentionné, au paragraphe 148, le témoignage de M. Netzel, selon lequel il n'avait pas pris part à la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse, mais qu'il l'avait licenciée parce qu'elle ne répondait plus à une condition d'emploi du fait de la perte de sa cote de fiabilité.

[30] At paragraph 149 of the Board's reasons, the adjudicator then asked himself the following question: did the employer have a legitimate concern regarding the risk that the respondent posed to its security? He answered the question by stating that the employer did not have a legitimate concern and referred to the *Personnel Security Standard* which required the employer to have reasonable cause to believe that the respondent "might steal valuables, exploit assets and information for personal gain, fail to safeguard information and assets entrusted to her, or exhibit behaviour that would create an unacceptable risk to the employer's operations" (my emphasis).

[31] At paragraph 150 of the Board's reasons, the adjudicator emphasized the fact that although the employer knew since April 2011 that the March 31, 2011 medical certificate had been falsified, the respondent had been allowed to return to work on October 18, 2011 until her termination on April 27, 2012. He further stated that during the time the respondent remained at work there was no evidence that the employer had any concerns "based on the level of reliability required and the nature of the duties to be performed, [that] there was an unacceptable risk that the grievor might steal valuables, exploit assets and information for personal gain, fail to safeguard information and assets entrusted to her, or otherwise exhibit behaviour that would injure the employer's operations" (my emphasis).

[32] This, according to the adjudicator, explained why the employer had not made any attempt to restrict the respondent's duties from October 18, 2011 to April 27, 2012, or made any attempt to restrict or control her movements in the office. In other words, the adjudicator was of the view that the employer did not appear to have any security or reliability related concerns whatsoever regarding the respondent.

[33] Then, at paragraph 153 of the Board's reasons, the adjudicator made the point that, generally speaking, the falsification of a document such as a medical certificate "would attract a disciplinary response", adding that the factors considered by Mr. Boyd in revoking the respondent's reliability status were factors that

[30] Au paragraphe 149, l'arbitre s'est posé la question suivante : l'employeur avait-il une préoccupation valable relativement au risque que la défenderesse constituait pour sa sécurité? L'arbitre a estimé que l'employeur n'en avait pas et il a renvoyé à la *Norme sur la sécurité du personnel* selon laquelle l'employeur devait avoir un motif raisonnable de croire que la défenderesse « pourrait voler des objets précieux, utiliser à son profit les biens et renseignements auxquels elle aura accès ou ne pas protéger les biens et renseignements ou se comporter d'une façon qui présenterait un risque inacceptable pour les activités de l'employeur » (non souligné dans l'original).

[31] L'arbitre a également souligné, au paragraphe 150, le fait que l'employeur savait depuis avril 2011 que le certificat médical du 31 mars 2011 avait été falsifié, mais qu'il avait néanmoins autorisé la défenderesse à reprendre le travail le 18 octobre 2011 jusqu'à la date de son licenciement, le 27 avril 2012. Durant cette période pendant laquelle la défenderesse est demeurée au travail, rien n'indiquait que l'employeur avait eu quelque préoccupation, « compte tenu du degré de fiabilité requis et de la nature des fonctions à remplir, [qu']il y avait un risque inacceptable que la fonctionnaire puisse voler des objets précieux, utiliser à son profit les biens et renseignements auxquels elle aura accès ou ne pas protéger les biens et renseignements, ou se comporter d'une façon qui nuirait aux activités de l'employeur » (non souligné dans l'original).

[32] Selon l'arbitre, cela expliquait pourquoi l'employeur n'avait pris aucune mesure pour restreindre les fonctions de la défenderesse du 18 octobre 2011 au 27 avril 2012, ni tenté de restreindre ou de limiter ses déplacements à l'intérieur du bureau. Autrement dit, l'arbitre était d'avis que l'employeur ne semblait avoir aucune préoccupation quant au risque ou la fiabilité de la défenderesse.

[33] L'arbitre a ensuite déclaré que dans « la plupart des cas, la falsification d'un certificat médical entraînerait des mesures disciplinaires », et que les facteurs pris en compte par M. Boyd pour révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse auraient pu être examinés lors du processus disciplinaire (au paragraphe 153).

could have been addressed through the disciplinary process. Then, after stating "that was not the path the employer chose", he referred to Mr. Netzel's testimony that, as the employer had decided to reassess the respondent's reliability status, there was no point in engaging the disciplinary process.

[34] At paragraph 155 of the Board's reasons, the adjudicator indicated that although there could be no doubt that the respondent's conduct had given rise to legitimate reasons to investigate her, the applicant had "knowingly allowed her back into the workplace without restriction for close to six months while being aware that she had falsified the 2011 certificate". In the adjudicator's view, that factual situation was inconsistent with the applicant's position that the respondent posed a "'serious risk to the Department'", adding that no evidence had been presented regarding "the level of reliability required and the nature of the duties to be performed, especially with respect to access to confidential or sensitive information".

[35] This led the adjudicator to the conclusion that the applicant did not have legitimate concerns that the respondent posed a serious risk to the Department and hence, that the conditions "required to revoke her reliability status were absent at the time of Mr. Boyd's decision" (paragraph 156 of the Board's reasons).

[36] As a result, the adjudicator held that the termination of the respondent's employment, by reason of the loss of her reliability status, was not for cause. In his view, the respondent's termination "constituted a contrived reliance on the *FAA*, a sham or camouflage" (paragraph 156 of the Board's reasons).

[37] At paragraph 157 of the Board's reasons, the adjudicator indicated that the applicant had asked him to consider, in the alternative, that the respondent's termination constituted a disciplinary action. The adjudicator refused to assent to the applicant's request because this would result in unfairness to the respondent. At paragraph 161 of the Board's reasons, he explained his view in the following terms:

« Toutefois, ce n'est pas cette voie que l'employeur a choisie », a-t-il ensuite précisé, ajoutant que, durant son témoignage, M. Netzel avait déclaré que puisque l'employeur avait décidé de réévaluer la cote de fiabilité de la défenderesse, il était inutile d'enclencher le processus disciplinaire.

[34] Au paragraphe 155, l'arbitre a déclaré : « Même si l'employeur avait un motif légitime d'amorcer une enquête sur la conduite de la fonctionnaire, il lui a sciemment permis de retourner au travail sans restriction pendant près de six mois, tout en sachant qu'elle avait falsifié le certificat de 2011. » De l'avis de l'arbitre, ces faits étaient incompatibles avec la thèse du demandeur selon laquelle la défenderesse présentait « un risque grave pour le Ministère »; de plus, aucune preuve n'avait été présentée au sujet du « niveau de fiabilité requis et de la nature des fonctions à accomplir, surtout en ce qui concerne l'accès à des renseignements confidentiels ou de nature délicate ».

[35] Cela a amené l'arbitre à conclure que le demandeur n'avait pas de préoccupations légitimes selon lesquelles la défenderesse présentait un risque grave au ministère et, par conséquent, que les « conditions requises pour révoquer sa cote de fiabilité étaient absentes au moment de la décision de M. Boyd » (paragraphe 156 des motifs de la Commission).

[36] L'arbitre a donc conclu que le licenciement de la défenderesse, du fait de la révocation de sa cote de fiabilité, n'était pas motivé. Selon lui, le licenciement de la défenderesse « constituait une invocation factice de la *LGFP*, un subterfuge ou un camouflage » (paragraphe 156 des motifs de la Commission).

[37] Au paragraphe 157, l'arbitre a déclaré que le demandeur lui avait demandé d'examiner, subsidiairement, si le licenciement de la défenderesse découlait d'une mesure disciplinaire. L'arbitre a refusé d'accéder à la demande du demandeur, car cela aurait été injuste pour la défenderesse. Au paragraphe 161 des motifs de la Commission, l'arbitre a expliqué sa position comme suit :

> At adjudication, the employer attempted to change the grounds it had relied upon for the termination throughout the process. It would have been unfair to the grievor, and contrary to the rules of natural justice, to allow the employer to argue that her termination was disciplinary in the event that it failed to prove that the termination resulted from a non-disciplinary action. The employer made a strategic decision to revoke the grievor's reliability status instead of pursuing the disciplinary process. Therefore, I find that the grievance in PSLREB File No. 566-02-8831 [the first grievance] will be allowed.

[38] Although the applicant does not challenge that part of the Board's decision, it is my opinion that the adjudicator was correct in refusing to consider, as the applicant urged him to do, the respondent's termination as a disciplinary action on the part of the employer. As there can be no doubt that the applicant terminated the respondent's position on a non-disciplinary ground (i.e. the loss of the reliability status), it was not open to the applicant to change the ground of termination because it feared that it might lose on the stated ground of termination. Consequently, I will say no more on this issue.

[39] The adjudicator then briefly dealt with the respondent's second grievance pursuant to which she alleged a breach of Article 17 (Discipline) of her collective agreement. In the adjudicator's view, this article had not been "triggered". The adjudicator added that, although he was satisfied that the revocation of the respondent's reliability status was a sham or camouflage, "this did not clothe the employer's decision as a disciplinary action" (paragraph 164 of the Board's reasons).

[40] Finally, at paragraph 165 of the Board's reasons, the adjudicator expressed the view that even if the employer had terminated the respondent on disciplinary grounds, he would have found termination excessive in the circumstances. His rationale for that conclusion is as follows:

> Even had the employer followed the disciplinary process, while I would have found that a disciplinary penalty was warranted, I would have concluded that terminating the grievor's employment was excessive

> À l'arbitrage, l'employeur a tenté de changer les motifs sur lesquels il s'était fondé pour effectuer le licenciement tout au long du processus. Il aurait été injuste pour la fonctionnaire et contraire aux règles de justice naturelle de permettre à l'employeur de soutenir le fait que son licenciement était de nature disciplinaire s'il n'arrivait pas à démontrer qu'il avait été issu d'une mesure non disciplinaire. L'employeur a pris une décision stratégique de révoquer la cote de fiabilité de la fonctionnaire plutôt que de poursuivre le processus disciplinaire. Je conclus donc que le grief du dossier de la CRTEFP 566-02-8831 [le premier grief] est accueilli.

[38] Même si le demandeur ne conteste pas ce volet de la décision de la Commission, je suis d'avis que l'arbitre a eu raison de refuser d'examiner le licenciement de la défenderesse comme une mesure disciplinaire, comme l'employeur l'avait demandé. Comme il ne fait aucun doute que le licenciement de la défenderesse était fondé sur des motifs non disciplinaires (c'est-à-dire la révocation de sa cote de fiabilité), le demandeur ne pouvait modifier le motif de licenciement de crainte que le motif invoqué au départ ne lui permette pas d'avoir gain de cause. Je n'ai donc rien à ajouter sur cette question.

[39] L'arbitre a ensuite examiné brièvement le deuxième grief de la défenderesse, dans lequel elle invoquait une violation de l'article 17 (mesures disciplinaires) de sa convention collective. De l'avis de l'arbitre, toutefois, les dispositions de cet article n'ont pas été « déclenchées ». L'arbitre a ajouté que, même s'il avait conclu que la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse était un subterfuge ou un camouflage, « cela ne permet pas de dire que la décision de l'employeur était une mesure disciplinaire » (paragraphe 164 des motifs de la Commission).

[40] Enfin, au paragraphe 165, l'arbitre a déclaré que, même si l'employeur avait licencié la défenderesse pour des motifs disciplinaires, il aurait néanmoins conclu que le licenciement était excessif dans les circonstances, expliquant sa conclusion en ces termes :

> Même si l'employeur avait suivi le processus disciplinaire, tout en concluant qu'une mesure disciplinaire était justifiée, j'aurais conclu que le licenciement de la fonctionnaire était excessif, à la lumière de tous les

based on all the facts of this case. Among the factors that would have led me to that conclusion are the following: the grievor's lengthy service of 22 years, free of discipline; the fact that the employer allowed her to work on its premises without restriction for almost six months before her termination without incident and without any apparent concern, thus demonstrating her rehabilitative potential; the fact that the falsification of the medical certificate was an isolated incident done without intent to defraud the employer or for personal financial gain, but rather due to her family circumstances; and the fact that her circumstances differ significantly from those of the grievors in *McKenzie* and *Morrow*, cited by the employer in support of terminating employment for falsifying medical certificates.

IV. Issues

[41] This judicial review application gives rise to the following issues:

1. Did the adjudicator have jurisdiction to review the revocation of the respondent's reliability status?

2. Did the adjudicator err in his assessment of the employer's decision to revoke the respondent's reliability status?

V. The Parties' Submissions

A. *The Applicant's Submissions*

[42] The applicant submits that "[t]his case turns on a question of pure statutory interpretation". The standard of review is reasonableness, as the adjudicator was interpreting the Board's home statute. However, the applicant argues that reasonableness leaves little room to manoeuvre here because the provision at issue is not ambiguous.

[43] The grievance under review in this judicial review application was submitted to the adjudicator under paragraph 209(1)(b) of the Act. This paragraph gives the Board jurisdiction over terminations resulting from disciplinary action. The adjudicator could only review the grievance if he found that it was based on discipline,

faits relatifs à l'affaire. Parmi les facteurs qui m'auraient mené à cette conclusion, notons les suivants : le long service de 22 ans de la fonctionnaire, sans mesures disciplinaires, le fait que l'employeur lui a permis de travailler dans ses locaux sans restriction pendant près de six mois avant son licenciement, sans incident et sans préoccupation apparente, ce qui démontre le potentiel de réadaptation de la fonctionnaire, le fait que la falsification du certificat médical était un incident, effectué sans intention de frauder l'employeur ou de réaliser un gain financier personnel, mais plutôt en raison de sa situation familiale, et le fait que sa situation diffère grandement de celles des fonctionnaires dans *McKenzie* et *Morrow*, citées par l'employeur pour soutenir le licenciement pour falsification de certificats médicaux.

IV. Les questions en litige

[41] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

1. L'arbitre avait-il compétence pour examiner la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse?

2. L'arbitre a-t-il commis une erreur dans son évaluation de la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse?

V. Thèses des parties

A. *Thèse du demandeur*

[42] Le demandeur soutient que [TRADUCTION] « le présent appel porte sur une pure question d'interprétation de la loi ». La norme de contrôle devant s'appliquer est celle de la décision raisonnable, car l'arbitre devait interpréter la loi constitutive de la Commission. Le demandeur note cependant que cette norme laisse peu de marge de manœuvre en l'espèce, car la disposition en cause n'est pas ambiguë.

[43] Le grief visé par la présente demande de contrôle judiciaire a été renvoyé à l'arbitrage en application de l'alinéa 209(1)b) de la Loi, un alinéa qui confère à la Commission compétence pour examiner les licenciements résultant de mesures disciplinaires. L'arbitre ne pouvait donc examiner le grief que s'il était établi que

disguised or otherwise. The applicant submits that whether the revocation and termination constituted disguised discipline should have been the only issue before the adjudicator.

[44] Although the adjudicator found no disguised discipline, he nonetheless reviewed the reasonableness of the employer's decision to revoke the respondent's reliability status. The applicant submits that this was improper. The applicant points out that the adjudicator's finding is contrary to previous decisions of the Board, which maintain that jurisdiction over revocation decisions can only be taken when disguised discipline is found. Although not bound by *stare decisis*, the applicant submits that the objective of consistency at administrative tribunals is important, as stated in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756 (*Domtar*), at paragraphs 59–60 and 90 [at pages 784–785 and 798–799].

[45] The applicant maintains that the respondent is not without recourse. The proper forum for reviewing the revocation of reliability status should have been judicial review at the Federal Court instead of adjudication at the Board. However I note that in its notice of application the applicant asks for, *inter alia*, "[a]n order remitting the respondent's grievances to a different member of the PSLREB for a rehearing".

B. *The Respondent's Submissions*

[46] The respondent agrees that the applicable standard of review is reasonableness. However, she sees the margins thereof as much wider, indeed "highly deferential". As the adjudicator was interpreting his home statute, the Act and a closely related statute (the FAA), his decision is entitled to deference.

celui-ci était fondé sur une mesure disciplinaire, déguisée ou non. Le demandeur estime que la seule question dont l'arbitre aurait dû être saisi était de décider si la révocation et le licenciement constituaient ou non des mesures disciplinaires déguisées.

[44] Bien que l'arbitre n'ait relevé aucune mesure disciplinaire déguisée, il a malgré tout examiné le caractère raisonnable de la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse. Le demandeur soutient que cela était inapproprié et que la conclusion de l'arbitre va à l'encontre de décisions antérieures de la Commission selon lesquelles l'arbitre n'a compétence pour statuer sur les décisions sur la révocation qu'en présence de mesures disciplinaires déguisées. Même si la Commission n'est pas liée par le principe du *stare decisis*, le demandeur fait valoir l'importance, pour les tribunaux administratifs, de respecter l'objectif de la cohérence, ainsi qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756 (*Domtar*), aux paragraphes 59, 60 et 90 [aux pages 784, 785 et 798, 799].

[45] Le demandeur soutient par ailleurs que la défenderesse n'est pas sans recours. Il estime que c'est la Cour fédérale, et non la Commission, qui aurait dû être saisie de la demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de révoquer la cote de fiabilité. Je note toutefois que, dans son avis de demande, le demandeur demande notamment [TRADUCTION] « une ordonnance renvoyant les griefs de la défenderesse à un autre membre de la Commission pour une nouvelle audience ».

B. *Thèse de la défenderesse*

[46] La défenderesse convient que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer. Elle estime toutefois que les marges d'appréciation de la Commission sont beaucoup plus vastes et appellent [TRADUCTION] « une très grande retenue ». Comme l'arbitre devait interpréter sa loi constitutive et une loi y étant étroitement liée, soit la LGFP, sa décision appelle la retenue.

[47] The respondent makes a two-pronged argument. First, she argues that the adjudicator's interpretation of his own jurisdiction was reasonable. The exact subsection under which the grievance was sent to adjudication is not crucial to the determination of jurisdiction. It was open to the adjudicator to consider the whole subsection, and his interpretation of subsection 209(1) as a whole was reasonable. If the grievance was not submitted under the optimal provision, it should have been seen as a technical irregularity instead of a fatal flaw. The adjudicator also reasonably interpreted subsections 12(1) and 12(3) of the FAA—another statute with which the Board is intimately familiar. Indeed, the termination of employees for cause is at the heart of labour adjudication.

[48] The respondent also submits that the legislative history shows that Parliament has conferred increasing power to adjudicators to review the substance of employer decisions. The respondent submits that most of the case law cited by the applicant relies on previous versions of the Act and does not reflect the Parliamentary intent shown by the legislative history, which has broadened the adjudicative oversight of terminations and added a "for cause" requirement.

[49] Second, the respondent submits that the adjudicator's finding that the termination was a "sham or camouflage" is equivalent to a finding of disguised discipline without using those exact words. The respondent maintains that this is so even though the adjudicator dismissed the second grievance, filed under the collective agreement, because the disciplinary provisions of the collective agreement were not engaged. The Board's reasons should be approached as an "organic whole" and not parsed in a "line-by-line treasure hunt for error". The respondent submits that "[t]here is nothing in the Adjudicator's conclusion about the process chosen by the Employer that suggests that the Adjudicator found that the Employer had not engaged in disguised discipline". Thus, the respondent implies that the adjudicator

[47] La défenderesse présente une argumentation en deux volets. Elle soutient premièrement que l'arbitre a fait une interprétation raisonnable de sa propre compétence, et qu'il n'est pas nécessaire de connaître le paragraphe exact en vertu duquel le grief a été renvoyé à l'arbitrage pour décider de la compétence. L'arbitre pouvait prendre en compte le paragraphe dans son ensemble, et l'interprétation globale qu'il a faite du paragraphe 209(1) était raisonnable. Si le grief n'a pas été présenté en vertu de la disposition qui s'applique le plus, cela aurait dû être considéré comme une irrégularité et non comme une erreur fatale. L'arbitre a également interprété de façon raisonnable les paragraphes 12(1) et 12(3) de la LGFP, une autre loi dont la Commission a une connaissance approfondie. De fait, le licenciement motivé d'employés est au cœur des décisions d'arbitrage.

[48] La défenderesse allègue également que l'historique législatif montre que le législateur a accru les pouvoirs conférés aux arbitres chargés de revoir le bien-fondé des décisions de l'employeur. La défenderesse soutient que la majeure partie de la jurisprudence invoquée par le demandeur repose sur des versions antérieures de la Loi et ne reflète pas l'intention du législateur mise en lumière par l'historique de la loi, le législateur ayant étendu le contrôle des licenciements par les arbitres et ajouté une exigence selon laquelle les licenciements doivent être motivés.

[49] Deuxièmement, la défenderesse prétend que la conclusion de l'arbitre selon laquelle le licenciement était « un subterfuge ou un camouflage » équivaut à conclure à une mesure disciplinaire déguisée, même si l'arbitre n'a pas utilisé ce libellé précis. La défenderesse maintient qu'il en est ainsi même si l'arbitre a rejeté le deuxième grief déposé en vertu de la convention collective parce qu'aucune disposition disciplinaire de la convention collective n'était en jeu. Il faudrait examiner les motifs de la Commission comme « un tout », plutôt que de les analyser en menant « une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur ». La défenderesse fait valoir que [TRADUCTION] « rien dans la conclusion de l'arbitre au sujet du processus choisi par l'employeur n'indique que l'arbitre a conclu à l'absence de mesures

properly had jurisdiction under paragraph 209(1)(b) of the Act.

[50] Finally, the respondent agrees that consistency in administrative decision-making is important. However, citing other passages from *Domtar*, she claims inconsistency is not a basis for intervention.

VI. Analysis

A. *Jurisdiction of the Adjudicator*

[51] The adjudicator found that he had jurisdiction to look beyond the respondent's termination to the underlying decision revoking her reliability status. Adjudicators must sometimes interpret subsection 209(1) of the Act, their home statute, to determine their jurisdiction. In *Chamberlain v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1027, 417 F.T.R. 225 (*Chamberlain*), Madam Justice Gleason (as she then was) carefully examined the conflicting case law regarding the standard to be applied in reviewing the decisions of adjudicators interpreting their own jurisdiction under subsection 209(1) of the Act and concluded that reasonableness was the applicable standard. I see no basis to disagree with that conclusion. Consequently, I conclude that reasonableness is the relevant standard in determining whether the adjudicator erred in finding that he had jurisdiction under subsection 209(1) of the Act.

[52] As the respondent was no doubt part of the core public administration, the adjudicator was correct to conclude that he had jurisdiction over a non-disciplinary termination. The question which we must decide, however, is whether he could "look through" the termination decision to assess, on its merits, the underlying decision to revoke her reliability status. For the reasons that follow, I am of the view that the adjudicator had full jurisdiction to do so.

disciplinaires déguisées ». La défenderesse laisse donc entendre que l'arbitre avait bien compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b) de la Loi.

[50] Enfin, bien que la défenderesse reconnaisse l'importance de la cohérence des décisions administratives, elle soutient que l'incohérence n'est pas pour autant un motif d'intervention, citant à l'appui d'autres extraits de l'arrêt *Domtar*.

VI. Analyse

A. *La compétence de l'arbitre*

[51] L'arbitre a conclu qu'il avait compétence pour aller au-delà du licenciement et se pencher sur la décision sous-jacente ayant mené à la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse. Les arbitres doivent parfois interpréter le paragraphe 209(1) de la Loi, leur loi constitutive, pour déterminer leur compétence. Dans la décision *Chamberlain c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1027 (*Chamberlain*), la juge Gleason a étudié avec soin la jurisprudence contradictoire sur la question de la norme devant s'appliquer à la révision des décisions d'arbitres appelés à interpréter leur propre compétence en vertu du paragraphe 209(1) de la Loi, et elle a conclu que la norme de la décision raisonnable était celle qui devait s'appliquer. Je ne trouve aucun motif pour contester cette conclusion. Par conséquent, je conclus que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer pour décider si l'arbitre a commis une erreur en concluant qu'il avait compétence en vertu du paragraphe 209(1) de la Loi.

[52] Comme il ne fait aucun doute que la défenderesse était une fonctionnaire de l'administration publique centrale, l'arbitre avait raison de conclure qu'il avait compétence pour examiner un licenciement pour motifs non disciplinaires. La question que nous devons trancher, toutefois, consiste à établir si l'arbitre pouvait aller au-delà de la décision concernant le licenciement afin d'évaluer le bien-fondé de la décision sous-jacente de révoquer la cote de fiabilité de la défenderesse. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que l'arbitre avait pleine compétence pour le faire.

[53] In determining this issue, two very recent decisions of this Court are of great relevance. I would go further and say that these decisions are determinative of the jurisdiction issue.

[54] In *Bergey v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 30, [2017] CLLC 220-024 (*Bergey*), one of the questions at issue was whether the adjudicator had jurisdiction under paragraph 209(1)(c) of the Act to determine whether there existed grounds justifying the revocation of Ms. Bergey's reliability status as part of her assessment of whether the employer had cause for termination, when the termination was based on the loss of the requisite reliability status. In the opening paragraph of her reasons for the Court, Madam Justice Gleason put the question as follows:

> This appeal concerns the breadth of protection from termination without cause provided to employees under the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (the *PSLRA*) and the ability of public service employers to choose to terminate employees for security-related reasons and thereby shield their termination decisions from review for cause.

[55] In *Bergey*, because of her view that the revocation of Ms. Bergey's reliability status did not constitute an act of disguised discipline on the part of the employer, the adjudicator held that she did not have jurisdiction to hear and determine Ms. Bergey's grievances challenging the revocation of her reliability status. By reason of the adjudicator's refusal to exercise her jurisdiction to hear and determine the merits of the revocation of her reliability status, Ms. Bergey challenged that decision by way of a judicial review application brought before the Federal Court which dismissed her application (2015 FC 617). Ms. Bergey then appealed that decision to this Court.

[56] Our Court allowed Ms. Bergey's appeal, concluding that the adjudicator's determination that the employer's decision to revoke her reliability status did not constitute an act of disguised discipline was an unreasonable decision. Consequently, the Court held that Ms. Bergey "should therefore have been accorded the right to have the reasons for her termination

[53] Pour trancher cette question, deux décisions très récentes de notre Cour sont très pertinentes. J'irais encore plus loin en disant que ces décisions sont déterminantes quant à la question de la compétence.

[54] Dans l'arrêt *Bergey c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 30 (*Bergey*), l'une des questions en litige était de décider si l'arbitre pouvait, conformément à l'alinéa 209(1)c) de la Loi, examiner le bien-fondé de la révocation de la cote de fiabilité de M^me^ Bergey, qui a mené à son licenciement, pour décider si le licenciement était motivé. Dans le paragraphe d'introduction des motifs de la Cour, la juge Gleason a formulé la question comme suit :

> [TRADUCTION] Le présent appel porte sur l'étendue de la protection contre le licenciement non motivé accordée aux employés aux termes de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (la LRTFP), et le droit des employeurs de la fonction publique de licencier des employés pour des raisons liées à la sécurité de sorte qu'on ne puisse contrôler si le licenciement était motivé.

[55] Dans l'arrêt *Bergey*, ayant jugé que la révocation de la cote de fiabilité de M^me^ Bergey ne constituait pas une mesure disciplinaire déguisée de la part de l'employeur, l'arbitre a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour examiner et trancher les griefs de M^me^ Bergey contestant la révocation de sa cote de fiabilité. M^me^ Bergey a contesté la décision de l'arbitre de refuser d'exercer sa compétence et de statuer sur le bien-fondé de la révocation de sa cote de fiabilité en présentant une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, qui a rejeté sa demande (2015 CF 617). M^me^ Bergey a interjeté appel de cette décision à notre Cour.

[56] Notre Cour a accueilli l'appel de M^me^ Bergey, concluant que l'arbitre avait rendu une décision déraisonnable lorsqu'elle avait conclu que la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de M^me^ Bergey ne constituait pas une mesure disciplinaire déguisée. Notre Cour a conclu que [TRADUCTION] « M^me^ Bergey aurait donc dû se voir accorder le droit de faire examiner les

reviewed under the cause standard" (paragraph 9 of *Bergey*). In other words, the adjudicator ought to have assumed jurisdiction under paragraph 209(1)(b) of the Act over the employer's decision to revoke Ms. Bergey's reliability status and reviewed that decision to determine whether it had been made for cause.

[57] As a result, the Court remitted Ms. Bergey's grievances to the Board for redetermination and directed the Board to find "that the acts of suspending and revoking Ms. Bergey's reliability status were acts of disguised discipline as were the suspension and termination of her employment" (paragraph 83 of *Bergey*). Because of that determination, our Court did not, in the end, address the question of the adjudicator's jurisdiction to look into the merits of the revocation of Ms. Bergey's reliability status pursuant to paragraph 209(1)(c) of the Act and paragraph 12(1)(e) of the FAA. However, at paragraph 71 of her reasons in *Bergey*, Madam Justice Gleason made the following comments:

> Thus, there appears to be a strong argument in favour of the Board's jurisdiction to hear a termination grievance like Ms. Bergey's under paragraph 209(1)(*c*) of the *PSLRA* [the Act] and, consequently, to examine under that provision whether there were grounds for revoking the employee's reliability status as part of its assessment of whether the employer possessed cause for the termination when the termination is based on the loss of the requisite reliability status.

[58] Notwithstanding the fact that our Court did not, in *Bergey*, determine the issue which is now before us, the Court's reasons are of relevance as they reviewed at length the legislative history of the relevant statutory provisions. Further, the Court reviewed the federal government's policies, as employer, regarding the revocation of an employee's reliability status and the Board's decisions before and after legislative changes in 1993.

[59] Madam Justice Gleason examined the history of the Board's jurisdiction over terminations commencing with the situation prior to 1993. She explained that prior to 1993, the Board's jurisdiction was limited to terminations resulting from disciplinary grounds and

raisons de son licenciement selon la norme de la décision motivée » (*Bergey*, au paragraphe 9). Autrement dit, l'arbitre aurait dû exercer sa compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b) de la Loi et revoir la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de M^me^ Bergey afin de décider si celle-ci était motivée.

[57] La Cour a donc renvoyé les griefs de M^me^ Bergey à la Commission pour nouvel examen et a ordonné à la Commission de conclure [TRADUCTION] « que la suspension et la révocation de la cote de fiabilité de M^me^ Bergey constituaient des mesures disciplinaires déguisées, de même que sa suspension et son licenciement » (*Bergey*, au paragraphe 83). Ayant rendu cette décision, notre Cour ne s'est pas penchée, en fin de compte, sur la question de la compétence de l'arbitre d'examiner le bien-fondé de la révocation de la cote de fiabilité de M^me^ Bergey en application de l'alinéa 209(1)c) de la Loi et de l'alinéa 12(1)e) de la LGFP. Au paragraphe 71 de ses motifs dans l'arrêt *Bergey*, la juge Gleason a formulé toutefois les commentaires suivants :

> [TRADUCTION] Il semble ainsi qu'il y ait une prétention de poids en faveur de la compétence de la Commission pour entendre un grief de licenciement comme celui de M^me^ Bergey aux termes de l'alinéa 209(1)c) de la LRTFP et, en conséquence, pour vérifier aux termes de cette disposition s'il y avait des motifs valables de révoquer la cote de fiabilité de la fonctionnaire lors de l'examen de la question de savoir si le licenciement est motivé lorsqu'il repose sur la perte de la cote de fiabilité requise.

[58] Même si, dans l'arrêt *Bergey*, notre Cour n'a pas statué sur la question qui se pose en l'espèce, les motifs de notre Cour sont pertinents, car ils examinaient en détail l'historique des dispositions légales pertinentes. La Cour a également examiné les politiques de l'État fédéral, à titre d'employeur, relativement à la révocation de la cote de fiabilité d'un employé, de même que les décisions rendues par la Commission avant et après les modifications légales apportées en 1993.

[59] La juge Gleason a examiné l'historique de la compétence de la Commission en matière de licenciement, en remontant à la situation qui existait avant 1993. Elle a expliqué que la compétence de la Commission avant 1993 se limitait aux licenciements résultant de motifs

therefore the Board did not have jurisdiction over terminations resulting from non-disciplinary grounds. Such non-disciplinary terminations, resulting from an employee's incompetence or incapacity to perform his or her job, were made by the Public Service Commission under section 31 of the former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the PSEA) and subject to an appeal to an internal Appeal Board (paragraph 13 of *Bergey*).

[60] Madam Justice Gleason then pointed out that following the abrogation of section 31 of the PSEA in 1993, the Public Service Staff Relations Board was given jurisdiction over challenges to terminations for incapacity and incompetence of indeterminate employees in the core public service. Madam Justice Gleason also noted that at the time of the abrogation of section 31 of the PSEA, the FAA was amended to provide deputy heads of governmental institutions the authority to terminate employees for incapacity or incompetence and that such authority "was limited to situations of cause" (paragraph 14 of *Bergey*).

[61] Madam Justice Gleason then explained that both the PSLRA and the FAA were amended in 2005 to clarify that the Board had jurisdiction over non-disciplinary terminations of indeterminate employees and that such terminations could only be made for cause (paragraph 15 of *Bergey*).

[62] Madam Justice Gleason then explained, at paragraph 23 of her reasons in *Bergey*, that "[r]eliability status refers to an employee's reliability, trustworthiness and loyalty insofar that the employee can be trusted to deal with confidential matters and government property. It is the lowest level of security status." Madam Justice Gleason further said that under the current policies every federal public servant in a long-term position was required to hold, as a minimum, a reliability status. She indicated that the reliability status of federal government employees could be granted and revoked by a departmental security officer.

disciplinaires et que la Commission n'avait donc pas compétence pour examiner les licenciements résultant de mesures non disciplinaires. Ces licenciements pour motifs non disciplinaires, résultant de l'incompétence d'un employé ou de son incapacité à faire son travail, étaient faits par la Commission de la fonction publique en vertu de l'article 31 de l'ancienne *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la LEFP), et les décisions étaient susceptibles d'appel à un comité d'appel interne (*Bergey*, au paragraphe 13).

[60] La juge Gleason a ensuite déclaré qu'à la suite de l'abrogation de l'article 31 de la LEFP, en 1993, c'est à la Commission des relations de travail dans la fonction publique qu'a été conférée la compétence d'examiner les contestations aux licenciements pour incapacité ou incompétence de fonctionnaires de l'administration publique centrale nommés pour une période indéterminée. La juge Gleason a également souligné qu'au moment de l'abrogation de l'article 31 de la LEFP, la LGFP a été modifiée de manière à donner aux administrateurs généraux des institutions fédérales le pouvoir de licencier des employés pour incapacité ou incompétence, précisant toutefois que le licenciement devait être motivé (*Bergey*, au paragraphe 14).

[61] La juge Gleason a ensuite expliqué que la LRTFP et la LGFP ont toutes deux été modifiées en 2005 pour expliciter que la Commission avait compétence en matière de licenciement pour motifs non disciplinaires d'employés nommés pour une période indéterminée et que de tels licenciements devaient nécessairement être motivés (*Bergey*, au paragraphe 15).

[62] Puis, au paragraphe 23 de ses motifs dans l'arrêt *Bergey*, la juge Gleason a expliqué : [TRADUCTION] « La fiabilité renvoie à un employé fiable, digne de confiance et fidèle, à qui on peut confier des renseignements confidentiels et les biens de l'État. Il s'agit du niveau de sécurité le moins élevé ». La juge Gleason a déclaré que les politiques actuelles prévoient que tout fonctionnaire fédéral qui occupe un poste de longue durée doit obtenir, tout au moins, une cote de fiabilité, ajoutant que la cote de fiabilité des fonctionnaires fédéraux peut être accordée et révoquée par un agent de sécurité du ministère.

[63] Madam Justice Gleason then pointed out, at paragraph 34 of her reasons in *Bergey*, that because the Board did not, prior to 1993, have jurisdiction over terminations resulting from non-disciplinary reasons, the Board used the concept of "disguised discipline" in order to hear and determine such decisions where it was of the view that the decision was, in reality, of a disciplinary nature. This led Madam Justice Gleason to state, at paragraph 35 of her reasons, that, "[t]hus, through the doctrine of disguised discipline, the PSLREB (and prior iterations of the Board) were and are able to review employer decisions that the employer claims are shielded from review by the Board."

[63] Au paragraphe 34 de ses motifs dans l'arrêt *Bergey*, la juge Gleason a rappelé que la Commission n'avait pas compétence avant 1993 pour statuer sur les licenciements résultant de motifs non disciplinaires et que la Commission avait eu recours au concept de la « mesure disciplinaire déguisée » pour statuer sur de telles affaires lorsqu'elle estimait que la décision était en fait de nature disciplinaire. Ce fait a amené la juge Gleason à déclarer ce qui suit au paragraphe 35 de ses motifs : [TRADUCTION] « Ainsi, au moyen de la règle de la mesure disciplinaire déguisée, la CRTEFP, comme ses prédécesseurs, peut examiner les décisions de l'employeur qui, selon celui-ci, sont à l'abri de l'examen de la Commission ».

[64] Commencing at paragraph 41 of her reasons in *Bergey*, Madam Justice Gleason turned to the Board's case law pertaining to terminations resulting from the loss of security status, highlighting the fact that there appeared to be two views regarding the extent of the Board's jurisdiction over such terminations. At paragraph 42 of her reasons in *Bergey*, she explained one of these views as follows:

> In several cases, where the employee was terminated by reason of the loss of the requisite reliability status (as opposed to a security clearance) the Board held that it possessed jurisdiction to inquire into the merits of the revocation decision to determine if the employer possessed cause, and, if not, to order reinstatement. In these cases, the Board held that the 1993 amendments to the *PSSRA* that provided it jurisdiction over non-disciplinary terminations likewise afforded it the authority to consider whether the employer had a valid reason to revoke the grievor's reliability status and thereby terminate his or her employment.

[64] À partir du paragraphe 41, la juge Gleason a examiné la jurisprudence de la Commission portant sur les licenciements résultant de la révocation d'une cote de sécurité, soulignant le fait qu'il semblait y avoir deux points de vue sur l'étendue de la compétence de la Commission en la matière. Au paragraphe 42 de l'arrêt *Bergey*, la juge a expliqué l'un de ces points de vue comme suit :

> [TRADUCTION] Dans plusieurs affaires où l'employé a été licencié en raison de la perte de la cote de fiabilité requise (plutôt qu'une cote de sécurité), la Commission a conclu qu'elle avait compétence pour examiner le bien-fondé de la révocation pour vérifier si elle est motivée et, dans le cas contraire, pour ordonner la réintégration. Dans ces affaires, la Commission a conclu que les modifications apportées en 1993 à la LRTFP qui lui donnaient compétence relativement aux licenciements non disciplinaires l'autorisaient de même à vérifier si l'employeur avait de bonnes raisons de révoquer la cote de fiabilité du plaignant et ainsi de mettre fin à son emploi.

[65] She then noted that the Board had followed the above rationale in the present matter and in *Fréthière v. Deputy Head (Royal Canadian Mounted Police)*, 2016 PSLREB 16, 126 C.L.A.S. 246 (paragraph 44 of her reasons). I will shortly be coming to this Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Fréthière*, 2017 FCA 66 (*Fréthière*), which affirmed the Board's decision on March 31, 2017.

[65] Elle a par la suite indiqué que la Commission avait suivi le raisonnement précité dans la présente affaire ainsi que dans la décision *Fréthière c. Administrateur général (Gendarmerie royale du Canada)*, 2016 CRTEFP 16 (au paragraphe 44). J'examinerai sous peu la décision de notre Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fréthière*, 2017 CAF 66 (*Fréthière*), qui a confirmé, le 31 mars 2017, la décision rendue par la Commission.

[66] At paragraph 45 of her reasons in *Bergey*, Madam Justice Gleason turned her attention to the second view

[66] La juge Gleason a ensuite examiné, au paragraphe 45 de ses motifs dans l'arrêt *Bergey*, le deuxième

of the Board's jurisdiction wherein adjudicators have concluded that the Board does not have jurisdiction to assess the merits of an employer's decision revoking an employee's reliability status unless the decision constitutes an act of disguised discipline on the part of the employer. In particular, she referred to the Board's decisions in *Hillis v. Treasury Board (Department of Human Resources Development)*, 2004 PSSRB 151, 79 C.L.A.S. 272; *Zhang v. Treasury Board (Privy Council Office)*, 2005 PSLRB 173, 85 C.L.A.S. 24; *Gill v. Treasury Board (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2009 PSLRB 19, 97 C.L.A.S. 173; *Braun v. Deputy Head (Royal Canadian Mounted Police)*, 2010 PSLRB 63, 102 C.L.A.S. 67; and *Nasrallah v. Deputy Head (Department of Human Resources and Skills Development)*, 2012 PSLRB 12, 109 C.L.A.S. 326.

[67] I now turn to the other decision rendered by this Court which is of great relevance to these proceedings. Before our Court in *Féthière*, the Attorney General of Canada sought the reversal of a Board decision wherein the Board asserted its jurisdiction under paragraph 209(1)(c) of the Act in regard to a decision by the RCMP revoking Mr. Féthière's reliability status. More particularly, the Board held that the revocation of Mr. Féthière's reliability status was not justified as it constituted an act of disguised discipline by the employer.

[68] At paragraph 16 of his reasons for the Court in *Féthière*, Mr. Justice Boivin stated the question at issue as being whether the Board had jurisdiction under paragraph 209(1)(c) of the Act to hear and determine, on its merits, the employer's decision to terminate the employee's employment on the grounds that he had lost his reliability status.

[69] At paragraphs 23 to 25 of his reasons in *Féthière*, Mr. Justice Boivin highlighted, as Madam Justice Gleason had done in *Bergey*, the fact that the Board was divided on the question of whether it had jurisdiction under paragraph 209(1)(c) of the Act to assess the merits of an employer's decision revoking the reliability status of an employee. At paragraphs 24 and 25 of his reasons, he referred to the Board's decisions in *Heyser* [2015

point de vue sur la compétence de la Commission, selon lequel la Commission n'est habilitée à évaluer le bien-fondé de la décision d'un employeur de révoquer la cote de fiabilité d'un employé que si cette décision constitue une mesure disciplinaire déguisée de la part de l'employeur. Elle a notamment cité les décisions rendues par la Commission dans *Hillis c. Conseil du Trésor (Ministère du Développement des ressources humaines)*, 2004 CRTFP 151; *Zhang c. Conseil du Trésor (Bureau du Conseil privé)*, 2005 CRTFP 173; *Gill c. Conseil du Trésor (Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2009 CRTFP 19; *Braun c. Administrateur général (Gendarmerie royale du Canada)*, 2010 CRTFP 63; *Nasrallah c. Administrateur général (Ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2012 CRTFP 12.

[67] J'examinerai maintenant l'autre décision qui a été rendue par notre Cour et qui revêt une grande importance en l'espèce. Dans l'affaire *Féthière*, le procureur général du Canada cherchait à faire annuler une décision de la Commission par laquelle la Commission s'était déclarée compétente, en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi, pour examiner la décision de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de révoquer la cote de fiabilité de M. Féthière. La Commission avait notamment conclu que la révocation de la cote de fiabilité de M. Féthière n'était pas justifiée, car elle constituait une mesure disciplinaire déguisée de la part de l'employeur.

[68] Au paragraphe 16 des motifs de la Cour dans l'arrêt *Féthière*, le juge Boivin a énoncé la question en litige comme suit : « la Commission a-t-elle compétence en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la LRTFP pour examiner le fond de la décision de l'employeur afin de déterminer si le motif invoqué, soit la révocation de la cote de fiabilité, est fondé? »

[69] Aux paragraphes 23 à 25 de ses motifs dans l'arrêt *Féthière*, le juge Boivin a souligné, comme l'avait fait la juge Gleason dans l'arrêt *Bergey*, le fait que la Commission était partagée sur la question de savoir si elle avait compétence, en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi, pour évaluer le bien-fondé de la décision d'un employeur de révoquer la cote de fiabilité d'un employé. Aux paragraphes 24 et 25, le juge a renvoyé aux

PSLREB 70] and *Grant v. Deputy Head (Canada Border Services Agency)*, 2016 PSLREB 37, 2016 LNPSLREB 37 (QL) (*Grant*), noting that in both cases, judicial review applications had been brought before this Court. He indicated that we had not yet determined *Heyser* and that the Court had rendered its decision in *Grant* but that it had not dealt with the question before him.

[70] Then, at paragraph 27 of his reasons in *Féthière*, Mr. Justice Boivin stated in clear terms that he was of the view that the Board had not erred in hearing and determining the merits of the employer's decision to revoke Mr. Féthière's reliability status. He concluded that those decisions of the Board, refusing to exercise jurisdiction over such terminations in the absence of disguised discipline, had to be set aside.

[71] At paragraph 32 of his reasons in *Féthière*, Mr. Justice Boivin concluded that a proper reading of paragraph 209(1)(c) of the Act and paragraph 12(1)(e) of the FAA, gave the Board jurisdiction to examine, on their merits, decisions made by employers revoking the reliability status of employees. In his view, whether the termination resulted from disciplinary or non-disciplinary grounds, subsection 12(3) of the FAA required that the termination be made for cause. Consequently, in order for it to determine whether there is cause for a termination, the Board must necessarily examine the circumstances leading to the termination, i.e. the revocation of the reliability status.

[72] Before setting out my views in the light of this Court's decisions in both *Bergey* and *Féthière*, it will be useful to reproduce the relevant statutory provisions. Section 209 of the Act states:

Reference to adjudication

209 (1) An employee may refer to adjudication an individual grievance that has been presented up to and including the final level in the grievance process and that has not been dealt with to the employee's satisfaction if the grievance is related to

décisions rendues par la Commission dans les affaires *Heyser* [2015 CRTEFP 70] et *Grant c. Administrateur général (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2016 CRTEFP 37, LNCRTEFP 37 (QL) (*Grant*), notant que, dans ces deux affaires, des demandes de contrôle judiciaire avaient été portées devant notre Cour. Il a ajouté que l'affaire *Heyser* était toujours en cours, mais que la Cour avait rendu sa décision dans la décision *Grant*, précisant toutefois que la question dont il était saisi n'avait pas été abordée dans cette dernière affaire.

[70] Au paragraphe 27 de l'arrêt *Féthière*, le juge Boivin a clairement indiqué qu'à son avis, la Commission n'avait pas commis d'erreur en statuant sur le bien-fondé de la décision de l'employeur de révoquer la cote de fiabilité de M. Féthière. Il a conclu que les décisions de la Commission dans lesquelles celle-ci avait refusé d'exercer sa compétence à l'égard de licenciements sans mesures disciplinaires déguisées devaient être écartées.

[71] Au paragraphe 32 de l'arrêt *Féthière*, le juge Boivin a conclu qu'une interprétation correcte de l'alinéa 209(1)c) de la Loi et de l'alinéa 12(1)e) de la LGFP accorde à la Commission la compétence d'examiner le bien-fondé des décisions par lesquelles un employeur révoque la cote de fiabilité d'un employé. Selon lui, que le licenciement résulte de motifs disciplinaires ou non disciplinaires, le paragraphe 12(3) de la LGFP exige que le licenciement soit motivé. Par conséquent, pour décider si un licenciement est motivé, la Commission doit nécessairement examiner les circonstances qui ont mené à ce licenciement, à savoir la révocation de la cote de fiabilité.

[72] Avant d'exposer mon point de vue à la lumière de ces décisions rendues par la Cour dans les arrêts *Bergey* et *Féthière*, il serait utile d'énoncer les dispositions légales pertinentes. L'article 209 de la Loi se lit comme suit :

Renvoi d'un grief à l'arbitrage

209 (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, le fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief individuel portant sur :

...

(b) a disciplinary action resulting in termination, demotion, suspension or financial penalty;

(c) in the case of an employee in the core public administration,

(i) demotion or termination under paragraph 12(1)(d) of the *Financial Administration Act* for unsatisfactory performance or under paragraph 12(1)(e) of that Act for any other reason that does not relate to a breach of discipline or misconduct, or

Section 12 of the FAA states:

Powers of deputy heads in core public administration

12 (1) Subject to paragraphs 11.1(1)(f) and (g), every deputy head in the core public administration may, with respect to the portion for which he or she is deputy head,

...

(d) provide for the termination of employment, or the demotion to a position at a lower maximum rate of pay, of persons employed in the public service whose performance, in the opinion of the deputy head, is unsatisfactory;

(e) provide for the termination of employment, or the demotion to a position at a lower maximum rate of pay, of persons employed in the public service for reasons other than breaches of discipline or misconduct; and

...

For cause

(3) Disciplinary action against, or the termination of employment or the demotion of, any person under paragraph (1)(c), (d) or (e) or (2)(c) or (d) may only be for cause.

[73] First of all, there can be no doubt, on the basis of our decisions in *Bergey* and *Fèthière*, that the Board has jurisdiction, pursuant to paragraph 209(1)(c) of the Act and paragraph 12(1)(e) and subsection 12(3) of the

[...]

b) soit une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la rétrogradation, la suspension ou une sanction pécuniaire;

c) soit, s'il est un fonctionnaire de l'administration publique centrale :

(i) la rétrogradation ou le licenciement imposé sous le régime soit de l'alinéa 12(1)d) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* pour rendement insuffisant, soit de l'alinéa 12(1)e) de cette loi pour toute raison autre que l'insuffisance du rendement, un manquement à la discipline ou une inconduite,

L'article 12 de la LGFP se lit comme suit :

Pouvoirs des administrateurs généraux de l'administration publique centrale

12 (1) Sous réserve des alinéas 11.1(1)f) et g), chaque administrateur général peut, à l'égard du secteur de l'administration publique centrale dont il est responsable :

[...]

d) prévoir le licenciement ou la rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur de toute personne employée dans la fonction publique dans les cas où il est d'avis que son rendement est insuffisant;

e) prévoir, pour des raisons autres qu'un manquement à la discipline ou une inconduite, le licenciement ou la rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur d'une personne employée dans la fonction publique;

[...]

Motifs nécessaires

(3) Les mesures disciplinaires, le licenciement ou la rétrogradation découlant de l'application des alinéas (1)c), d) ou e) ou (2)c) ou d) doivent être motivés.

[73] Premièrement, il ne fait aucun doute, en raison des décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Bergey* et *Fèthière*, que la Commission a compétence, en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi ainsi que de l'alinéa 12(1)e) et

FAA, to hear and determine, on their merits, decisions made by an employer revoking an employee's reliability status. In my respectful view, in the light of the legislative changes brought about since 1993, as explained by Madam Justice Gleason in *Bergey*, the view taken by the Attorney General in these proceedings is not supported by the legislation.

[74] I would go further and say that this line of jurisprudence, which Madam Justice Gleason in *Bergey* (at paragraph 45) and Mr. Justice Boivin in *Féthière* (at paragraph 23) referred to, is no longer valid as it is based on an unreasonable interpretation of the relevant statutory provisions.

[75] Although I am bound by the Court's clear pronouncement on that issue in *Féthière*, I wish to make it clear that I agree entirely with the opinion expressed by Mr. Justice Boivin. In other words, in dealing with terminations which result from non-disciplinary grounds, it is no longer necessary for the Board to resort to the concept of disguised discipline to assert its jurisdiction under paragraph 209(1)(b) since the Board has full jurisdiction under paragraph 209(1)(c) to deal with non-disciplinary terminations. Consequently, the view of the matter expressed by the adjudicator at paragraph 134 of the Board's reasons (and reproduced above at paragraph 17 of these reasons) is the only reasonable approach to be taken in dealing with terminations under both disciplinary and non-disciplinary matters.

[76] Thus, in circumstances similar to those that gave rise to this litigation, it is up to the Board to determine whether the non-disciplinary termination is for cause. Consequently, the Board must, on the basis of the relevant facts surrounding the revocation and in the light of the relevant policies enacted by Treasury Board as the employer, determine whether the termination is for cause, which means inquiring into whether the revocation is based on proper and legitimate grounds.

[77] It is my view that if the revocation is justified on the basis of the relevant policies then the resulting termination was for cause. In other words, as is the situation

du paragraphe 12(3) de la LGFP, pour statuer sur le bien-fondé des décisions prises par un employeur de révoquer la cote de fiabilité d'un employé. À mon avis, compte tenu des modifications légales qui ont été apportées depuis 1993, comme l'a souligné la juge Gleason dans l'arrêt *Bergey*, la loi n'étaye pas la thèse du procureur général en l'espèce.

[74] J'irais même plus loin en affirmant que cette jurisprudence, à laquelle renvoient la juge Gleason dans l'arrêt *Bergey* (au paragraphe 45) et le juge Boivin dans l'arrêt *Féthière* (au paragraphe 23), n'est plus valide, car elle repose sur une interprétation déraisonnable des dispositions pertinentes.

[75] Même si je suis lié par la décision explicite de notre Cour sur cette question dans l'arrêt *Féthière*, j'aimerais ajouter que je partage entièrement l'opinion du juge Boivin. Autrement dit, pour examiner les licenciements résultant de mesures non disciplinaires, il n'est plus nécessaire que la Commission invoque le concept des mesures disciplinaires déguisées pour faire valoir sa compétence en vertu de l'alinéa 209(1)b), puisque l'alinéa 209(1)c) lui reconnaît pleine compétence en matière de licenciements pour motifs non disciplinaires. Par conséquent, le point de vue exprimé par l'arbitre au paragraphe 134 des motifs de la Commission (et cité précédemment au paragraphe 17 des présents motifs) est la seule approche raisonnable à prendre pour examiner les licenciements, qu'ils résultent de mesures disciplinaires ou non disciplinaires.

[76] Dans des circonstances semblables à celles ayant mené au présent litige, il appartient donc à la Commission de décider si le licenciement pour motif non disciplinaire était motivé. Pour y parvenir, la Commission doit décider, en se basant sur les faits pertinents ayant mené à la révocation et sur les politiques pertinentes adoptées par le Conseil du Trésor en sa qualité d'employeur, si le licenciement est motivé, ce qui signifie qu'elle doit faire enquête pour décider si la révocation est justifiée par des motifs légitimes et valables.

[77] Je suis d'avis que, si la révocation est justifiée eu égard aux politiques pertinentes, le licenciement qui en résulte est motivé. Autrement dit, lorsque l'employeur

here, when the employer terminates an employee on non-disciplinary grounds, i.e. because the employee has lost his or her reliability status, the Board must determine whether the revocation leading to the termination is justified. If so, the employer has shown that the termination was made for cause. If the employer is unsuccessful in demonstrating that the revocation was based on legitimate grounds, then there is no cause for the termination and the employee, as the adjudicator so ordered in this matter, must be reinstated.

[78] In such a scenario, it is not open, as I indicated earlier, for the employer to change its tack, as the employer attempted to do before the Board, and assert that the termination should be considered, in the alternative, as having been made on disciplinary grounds so as to allow the employer to argue that if termination is not the proper sanction, then some lesser sanction is in order.

[79] In my view, paragraphs 209(1)(b) and (c) of the Act are free-standing provisions which allow the Board to deal, on their merits, with both disciplinary and non-disciplinary terminations. As part of its mandate under these provisions, the Board has full jurisdiction to determine whether the termination at issue has been made for cause. Consequently, the concept of disguised discipline, used by the Board to assume jurisdiction over terminations resulting from revocations of reliability status, is no longer necessary. By that I mean that in regard to non-disciplinary terminations, the Board has full jurisdiction to inquire into the circumstances of the termination and into the revocation which led to the termination. Thus, if the Board determines that there was no cause for the termination (i.e. that the revocation was not made on legitimate grounds) it becomes irrelevant what the specific reason for the revocation was. In other words, whether the revocation is the result of disguised discipline or some other non-legitimate ground, the result is that the Board will set aside the termination and may order the reinstatement of the employee. In that sense, it is my view that in the current legislative context the concept of disguised discipline no longer has the importance that it had under the previous case law.

licencie un employé pour des motifs non disciplinaires, par exemple parce que l'employé a perdu sa cote de fiabilité, comme c'est le cas en l'espèce, la Commission doit décider si la révocation à l'origine du licenciement était justifiée. Si c'est le cas, alors l'employeur a démontré que le licenciement était motivé. Si, au contraire, l'employeur ne réussit pas à démontrer que la révocation était fondée sur des motifs valables, alors le licenciement n'est pas justifié et l'employé, comme l'a ordonné l'arbitre en l'espèce, doit être réintégré dans ses fonctions.

[78] Comme je l'ai mentionné précédemment, il n'est pas loisible à l'employeur de modifier sa thèse, comme l'employeur en l'espèce a tenté de le faire devant la Commission, et d'affirmer que le licenciement devrait subsidiairement être considéré comme résultant de mesures disciplinaires pour que l'employeur puisse prétendre qu'une autre sanction moins sévère était justifiée, même si le licenciement ne l'était pas.

[79] Je suis d'avis que les alinéas 209(1)b) et c) de la Loi sont des dispositions indépendantes qui permettent à la Commission d'examiner le bien-fondé des licenciements pour des motifs disciplinaires et non disciplinaires. En vertu du mandat qui lui est conféré par ces dispositions, la Commission a pleine compétence pour décider si le licenciement en litige est motivé. Par conséquent, le concept des mesures disciplinaires déguisées invoqué par la Commission pour avoir compétence dans les cas de licenciements résultant de la révocation de la cote de fiabilité n'est plus nécessaire. J'entends par là que, dans le cas de licenciements non disciplinaires, la Commission a pleine compétence pour faire enquête sur les circonstances entourant le licenciement et sur la révocation ayant mené au licenciement. Par conséquent, si la Commission décide que le licenciement n'était pas motivé (c'est-à-dire que la révocation n'était pas justifiée par des motifs valables), il devient alors inutile de connaître les motifs précis de la révocation. Autrement dit, que la révocation résulte de mesures disciplinaires déguisées ou de quelque autre motif non valable, la Commission annulera le licenciement et peut ordonner la réintégration de l'employé. En ce sens, je suis d'avis que le concept des mesures disciplinaires déguisées n'a plus, dans le contexte légal actuel, l'importance qu'il avait dans l'ancienne jurisprudence.

[80] One last point on this issue. The applicant also argues that because the grievance was referred to adjudication under paragraph 209(1)(b) of the Act, the adjudicator could only exercise jurisdiction under that paragraph and not under paragraph 209(1)(c). I cannot agree. The simple answer is that the respondent, as per her termination letter, was terminated pursuant to paragraph 12(1)(e) of the FAA. Thus, in my view, the adjudicator had no choice but to deal with the matter under paragraph 209(1)(c) of the Act which grants adjudicators jurisdiction over terminations made under paragraphs 12(1)(d) and 12(1)(e) of the FAA.

B. *The Reasonableness of the Adjudicator's Decision*

[81] On the basis of his factual findings and in the light of the relevant Treasury Board policies on government security, namely the *Personnel Security Standard*, the *Values and Ethics Code for the Public Service* and the Guidelines of Conduct for Service Canada, the adjudicator held that the employer did not have a legitimate concern regarding the risk that the respondent posed to its security. In particular, he relied on section 3 of "Appendix B – Guidance on Use of Information for Reliability Checks" of the *Personnel Security Standard*. For ease of reference, I again reproduce the provision:

> 3. In checking reliability, the question to be answered is whether the individual can be relied upon not to abuse the trust that might be accorded. In other words, is there reasonable cause to believe that the individual may steal valuables, exploit assets and information for personal gain, fail to safeguard information and assets entrusted to him or her, or exhibit behaviour that would reflect negatively on their reliability. Such decisions are to involve an assessment of any risks attached to making the appointment or assignment, and, based on the level of reliability required and the nature of the duties to be performed, a judgement of whether such risks are acceptable or not.

[82] Consequently, in his view, the respondent's termination, based on the loss of her reliability status, was a "sham or camouflage" and hence it had not been made for cause.

[80] Il y a un dernier point que j'aimerais aborder. Le demandeur prétend également que, puisque le grief a été renvoyé à l'arbitrage en application de l'alinéa 209(1)b) de la Loi, l'arbitre ne peut avoir compétence qu'en vertu de cette disposition et non en vertu de l'alinéa 209(1)c). Je ne suis pas de cet avis. La réponse est simple : selon la lettre de licenciement, la défenderesse a été licenciée en vertu de l'alinéa 12(1)e) de la LGFP. Je suis donc d'avis que l'arbitre n'avait d'autre choix que d'examiner la question en vertu de l'alinéa 209(1)c) de la Loi qui confère aux arbitres compétence pour contrôler les licenciements en vertu des alinéas 12(1)d) et 12(1)e) de la LGFP.

B. *Le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre*

[81] En se fondant sur les faits constatés et sur les politiques pertinentes du Conseil du Trésor sur la sécurité de la fonction publique, à savoir la *Norme sur la sécurité du personnel*, le *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique* et les Lignes directrices de conduite professionnelle de Service Canada, l'arbitre a conclu que l'employeur n'avait pas de motif valable de craindre que la défenderesse présente un risque pour sa sécurité. Il s'est fondé plus précisément sur l'article 3 de l'« Annexe B — Lignes directrices concernant l'utilisation des informations pour les vérifications de fiabilité » de la *Norme sur la sécurité du personnel*. Pour en faciliter la consultation, je cite à nouveau cette disposition :

> 3. En vérifiant la fiabilité de la personne, il faut se demander s'il peut se montrer digne de la confiance qu'on lui accordera. Autrement dit, il faut chercher à savoir s'il pourrait voler des objets précieux, utiliser à son profit les biens et renseignements auxquels il aura accès ou ne pas protéger les biens et renseignements, ou se comporter d'une façon qui nuirait à leur protection. Pour ce faire, il faut évaluer les risques éventuels entraînés par la nomination ou l'affectation et, compte tenu du degré de fiabilité requis et de la nature des fonctions à remplir, déterminer si ces risques sont acceptables ou non.

[82] Le licenciement de la défenderesse fondé sur la révocation de sa cote de fiabilité constituait donc, à son avis, « un subterfuge ou un camouflage » et, de ce fait, n'était pas motivé.

[83] This part of the adjudicator's decision would also be reviewed on the basis of the reasonableness standard. However, the Attorney General does not challenge, other than in regard to the jurisdiction point, the adjudicator's conclusions concerning the revocation of the respondent's reliability status and has made no submissions on this issue. Therefore, I need not, and do not, make any determination regarding the reasonableness of the adjudicator's decision that the revocation of the respondent's reliability status was not made on legitimate grounds.

[84] I therefore conclude that the adjudicator's decision that the respondent's termination was not made for cause is reasonable.

VII. Conclusion

[85] For these reasons, I would dismiss, with costs, the Attorney General's application for judicial review.

DAWSON J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

[83] Ce volet de la décision de l'arbitre devrait également être révisé au regard de la norme de la décision raisonnable. Cependant, le procureur général ne conteste pas les conclusions de l'arbitre concernant la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse, si ce n'est sur la question de la compétence, et il n'a présenté aucune observation sur cette question. Je n'ai donc pas à rendre de décision, et je n'en rendrai pas, sur le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre selon laquelle la révocation de la cote de fiabilité de la défenderesse n'était pas fondée sur des motifs valables.

[84] Par conséquent, je conclus que l'arbitre a rendu une décision raisonnable en concluant que le licenciement de la défenderesse n'était pas motivé.

VII. Conclusion

[85] Pour ces motifs, je rejetterais, avec dépens, la demande de contrôle judiciaire du procureur général.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-2293-12
2017 FC 199

Paradis Honey Ltd., Honey Bee Enterprises Ltd., and **Rocklake Apiaries Ltd.** (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen, the Minister of Agriculture and Agri-Food and **the Canadian Food Inspection Agency** (*Defendants*)

INDEXED AS: PARADIS HONEY LTD. V. CANADA

Federal Court, Manson J.—Toronto, February 6; Ottawa, February 17, 2017.

Practice — Class Proceedings — Motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to class members for losses, damages sustained as result of ban on importation of honeybees from U.S. since 1987 — Canadian beekeepers replacing lost bee colonies through importation of "packages" or "queens" — Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites — Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens" — Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of "queens", "packages" determined under general import permit system — Plaintiffs alleging, inter alia, Federal Crown denying them right to seek import permits for "packages", resulting in considerable losses — Issue whether conditions under Federal Courts Rules, r. 334.16(1) satisfied, such that underlying action should be certified as class proceeding — Federal Court of Appeal in Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General), 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446 determining that plaintiffs' pleadings disclosing reasonable causes of action — Plaintiffs' proposed, amended class definition allowed — Class definition objective, independent of merits of action — Rational connection between common issues, class — No clear conflict within class — Relief sought not detrimental to any member of class — Faction opposed to reopening border to "packages" from U.S. not fatal to plaintiffs' certification as class — Results of action not contentious — Appropriate to certify all proposed common issues — Framing of issues suggesting negligent act directed towards industry, stemming from failure to follow import regulations in place after expiry of HIPR 2004 — All class members having interest in Federal Crown lawfully performing its administrative functions — Common issues predominating over questions affecting individual members — Criterion in Federal Courts Rules, r. 334.16(1) satisfied — Class action

T-2293-12
2017 CF 199

Paradis Honey Ltd., Honey Bee Enterprises Ltd., et **Rocklake Apiaries Ltd.** (*demanderesses*)

c.

Sa Majesté la Reine, le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et **l'Agence canadienne d'inspection des aliments** (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ : PARADIS HONEY LTD. C. CANADA

Cour fédérale, juge Manson—Toronto, 6 février; Ottawa, 17 février 2017.

Pratique — Recours collectifs — Requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis en vigueur depuis 1987 — Les apiculteurs canadiens remplacent les colonies perdues en important des « paquets » ou des « reines » — La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites — Le Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines » — Après l'expiration du RIAD de 2004 en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation — Les demanderesses ont entre autres allégué que la Couronne fédérale leur a refusé le droit de demander des permis d'importation de « paquets », ce qui a entraîné des pertes considérables — Il s'agissait de déterminer si les conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles des Cours fédérales étaient réunies, de sorte de permettre d'autoriser l'action en tant que recours collectif — Dans l'arrêt Paradis Honey Ltd c. Canada (Procureur général), 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, la Cour d'appel fédérale a conclu que les actes de procédures des demanderesses révélaient une cause d'action valable — La définition du groupe proposée par les demanderesses a été accueillie — La définition du groupe est objective et indépendante par rapport au fond de l'action — Il existe un lien rationnel entre les questions communes et le groupe — Il n'y a pas de conflit évident dans le groupe — La réparation demandée ne serait pas préjudiciable à l'égard des membres du groupe — Le fait qu'une faction s'oppose à la réouverture de la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis n'est pas fatal

herein clearly resulting in judicial economy — Goal of judicial economy better achieved by proceeding as class action, than proceeding as test case followed by individual litigation — Goal of behaviour modification best effected through class proceeding — Doubtful every class member able to bring individual action — Finally, plaintiffs appropriately represented pursuant to Federal Courts Rules, r. 334.16(1)(e) — No evidence representative plaintiffs indifferent or antagonistic towards members of faction opposed to reopening of border — Proposed representative plaintiffs competent, capable of advancing action — Motion granted.

à l'autorisation des demanderesses en tant que groupe — Les résultats de l'action ne seraient pas litigieux — Il était approprié de certifier toutes les questions communes proposées — La formulation des questions sous-entendait un acte négligent à l'égard de l'industrie, attribuable au défaut de respecter les règlements applicables à l'importation en place après l'expiration du RIAD de 2004 — Tous les membres du groupe proposé ont intérêt à ce que la Couronne fédérale s'acquitte en toute légalité de ses fonctions administratives — Les questions communes prédominaient sur les questions touchant des membres individuels — Le critère établi au paragraphe 334.16(1) des Règles a été satisfait — En l'espèce, un recours collectif permettra clairement d'économiser des ressources — L'objectif de l'économie des ressources est mieux servi en procédant en tant que recours collectif qu'en procédant par cause type suivie d'actions individuelles — Un recours collectif constitue la meilleure façon d'atteindre l'objectif de la modification des comportements — Il n'était pas certain que chacun des membres du groupe pourrait intenter une action individuelle — Enfin, les demanderesses ont été adéquatement représentées en vertu du paragraphe 334.16(1) e) des Règles des Cours fédérales — Il n'y avait aucune preuve d'indifférence ou d'antagonisme de la part des représentants demandeurs à l'égard des membres de la faction qui s'opposent à la réouverture de la frontière — Les représentants demandeurs proposés ont démontré leur compétence et leur capacité à faire progresser l'action — Requête accueillie.

Animals — Plaintiffs bringing motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States — Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites — Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens" — Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of "queens", "packages" determined under general import permit system — Plaintiffs alleging, inter alia, Federal Crown denying them right to seek import permits for "packages", resulting in considerable losses.

Animaux — Les demanderesses ont présenté une requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis — La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites — Le Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines » — Après l'expiration du RIAD de 2004 en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation — Les demanderesses ont entre autres allégué que la Couronne fédérale leur a refusé le droit de demander des permis d'importation de « paquets », ce qui a entraîné des pertes considérables.

Crown — Torts — Plaintiffs bringing motion to certify underlying action as class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States — Federal Crown banning such imports from U.S. because of bee parasites — Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004, (HIPR 2004) later permitting importation of "queens" — Following expiry of HIPR 2004 in 2006, importation of

Couronne — Responsabilité délictuelle — Les demanderesses ont présenté une requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis — La Couronne fédérale a interdit ces importations en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites — Le Règlement de 2004

"queens", "packages" determined under general import permit system — Plaintiffs asserting that Federal Crown negligently denying commercial beekeepers opportunity to import "packages", and/or taking abusive administrative action.

This was a motion to certify the underlying action as a class action on behalf of Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States in effect since 1987.

Canadian beekeepers experience significant losses of bees on a yearly basis. One option to replace lost colonies is to import bees from international suppliers. The purchase of bees can take either the form of "packages", which contain a queen bee and thousands of worker bees, or "queens", which contain a queen and a small number of attendant bees that keep the queen alive during transportation. In 1987, the Federal Crown prohibited the importation of both "packages" and "queens" from the U.S. in response to the discovery of parasites in certain beekeeping regions. The *Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004*, (HIPR 2004) later permitted the importation of "queens" from the United States. HIPR 2004 expired in 2006; however, it was not formally repealed until 2015. Following the expiry of HIPR 2004, a beekeeper's ability to import "queens" and "packages" is determined under the general import permit system for live animal imports. The plaintiffs alleged, *inter alia*, that the Federal Crown denied them the right to seek import permits for "packages", rejecting any applications without consideration, and that as a result this unlawful extension of the prohibition against "package" imports, commercial beekeepers were forced to buy replacement bees from less desirable sources, and use more time-intensive and expensive measures to keep their bees alive over the winter, resulting in considerable losses.

At issue was whether the five conditions of subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules* were satisfied, such that the underlying action should be certified as a class proceeding, i.e. whether: the pleadings disclose a reasonable cause of action; there is an identifiable class of two or more persons; the claims of the proposed class members raise common questions of law or fact; a class proceeding is the preferable procedure; and there is an appropriate representative plaintiff.

interdisant l'importation des abeilles domestiques (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines » — Après l'expiration du RIAD de 2004 en 2006, l'importation de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation — Les demanderesses ont allégué que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou a pris des mesures administratives abusives en interdisant aux apiculteurs commerciaux d'importer des « paquets ».

Il s'agissait d'une requête visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom des apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis en vigueur depuis 1987.

Les apiculteurs canadiens subissent des pertes considérables d'abeilles tous les ans. Une option pour remplacer les colonies perdues est l'achat d'abeilles auprès de fournisseurs internationaux. L'achat d'abeilles peut se faire sous forme de « paquets », qui contiennent une reine-abeille et des milliers d'abeilles ouvrières, ou sous forme de « reine », qui contient une reine-abeille et un petit nombre d'accompagnatrices qui maintiennent la reine-abeille en vie pendant le transport. En 1987, la Couronne fédérale a interdit l'importation de « paquets » et de « reines » en provenance des États-Unis à la suite de la découverte de parasites dans certaines régions où l'on pratique l'apiculture. Le *Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques* (le RIAD de 2004) a par la suite permis l'importation de « reines » des États-Unis. Le RIAD de 2004 a expiré en 2006, mais ce n'est qu'en 2015 qu'il a été abrogé officiellement. Après l'expiration du RIAD de 2004, la capacité d'un apiculteur à importer des abeilles domestiques sous la forme de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation pour les importations d'animaux vivants. Les demanderesses ont entre autres allégué que la Couronne fédérale leur a refusé le droit de demander des permis d'importation de « paquets », en rejetant toute demande de permis d'importation sans les avoir examinées, et qu'à la suite de la prorogation illégale de l'interdiction visant les importations de « paquets », les apiculteurs commerciaux ont été contraints de se procurer des abeilles de remplacement auprès de sources moins attirantes et de recourir à des mesures exigeant plus de temps et d'argent pour maintenir en vie leurs abeilles durant l'hiver, une situation qui a entraîné des pertes considérables.

Il s'agissait de déterminer si les cinq conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* étaient réunies, de sorte de permettre d'autoriser l'action en tant que recours collectif, c.-à-d. si les actes de procédures révélaient une cause d'action valable, s'il existait un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes, si les réclamations des membres du groupe soulevaient des points de droit ou de fait communs, si le recours collectif était la procédure appropriée e s'il existait un représentant demandeur approprié.

Held, the motion should be granted.

In *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446 (*Paradis Honey FCA*), the Federal Court of Appeal determined that the plaintiffs' pleadings disclosed reasonable causes of action in both regulatory negligence and a novel cause of action for abusive administrative action warranting monetary relief.

The plaintiffs' proposed (and amended) class definition, i.e. "[a]ll persons in Canada who keep or have kept more than 50 bee colonies at a time for commercial purposes since December 31, 2006" was allowed. Setting the cut-off for the class at 50 colonies was both logical and non-arbitrary. Each beekeeper would not have to subjectively assess whether or not they are a "commercial beekeeper". There exist clear, objective criteria that can be used to determine whether a beekeeper has a commercial operation. It was appropriate to define "commercial beekeeper" for the purpose of the action as a beekeeper who has made commercial sales in the ordinary course of business. The class definition is objective and independent of the merits of the action. There is a rational connection between the common issues and the class. The time limit relates to the claim that the Federal Crown acted negligently or took abusive administrative action after HIPR 2004 expired. The commerciality requirement relates to the duty of care the Federal Crown owes to the commercial beekeepers, and to the Federal Crown's representations that it would continuously monitor and assess how the imports would affect the Canadian honeybee industry, and the damages that the beekeepers and other members of the class suffered because of lack of access to U.S. "packages". There was not a clear conflict within the class, such that some members neither have a claim nor are connected to the common issues. Similarly, the relief sought would not be detrimental to any member of the class. The fact that there is a faction that is opposed to reopening the border to "packages" from the U.S. is not fatal to the plaintiffs' certification as a class, because resolution of the common issues would not negatively impact any beekeepers who are members of this faction. The results of the action would not be contentious, because the relief requested does not harm any member of the class.

It was appropriate to certify all of the proposed common issues. Allowing the action to proceed as a class action will avoid duplication of fact-finding and legal analysis, as well as a multiplicity of individual actions based on the same issues. The framing of the issues suggested that the negligent act was not an act or omission directed towards a commercial

Jugement : la requête doit être accueillie.

Dans l'arrêt *Paradis Honey Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446 (*Paradis Honey CAF*), la Cour d'appel fédérale a conclu que les actes de procédures des demanderesses révélaient une cause d'action valable fondée sur la négligence réglementaire et une nouvelle cause d'action fondée sur la prise de mesures administratives abusives qui justifiaient une sanction pécuniaire.

La définition du groupe proposée (et modifiée) par les demanderesses, c.-à-d. « Toutes les personnes au Canada qui maintiennent ou qui ont maintenu plus de 50 colonies d'abeilles à un moment donné à des fins commerciales depuis le 31 décembre 2006 » a été accueillie. L'établissement du seuil à 50 colonies pour le groupe était à la fois logique et non arbitraire. Chaque apiculteur ne devrait pas avoir à déterminer de façon subjective s'il est un « apiculteur commercial » ou pas. Il existe des critères clairs et objectifs qui permettent de déterminer si un apiculteur possède une exploitation commerciale. Il était approprié de définir le terme « apiculteur commercial » aux fins de l'action comme étant un apiculteur qui a réalisé des ventes commerciales dans le cours normal de ses affaires. La définition du groupe est objective et indépendante par rapport au fond de l'action. Il existe un lien rationnel entre les questions communes et le groupe. Le délai est lié à l'allégation selon laquelle la Couronne fédérale a agi avec négligence ou a pris des mesures administratives abusives après l'expiration du RIAD de 2004. Les exigences relatives au caractère commercial sont liées à l'obligation de diligence de la Couronne fédérale à l'égard des apiculteurs commerciaux, ainsi qu'aux allégations de la Couronne fédérale selon lesquelles elle surveillerait et évaluerait continuellement l'incidence des importations sur l'industrie apicole canadienne et les dommages soufferts par les apiculteurs et les autres membres du groupe à cause du manque d'accès aux « paquets ». Il n'y avait pas de conflit évident dans le groupe, de sorte que certains membres n'ont aucune réclamation ou ne sont pas liés aux questions communes. De même, la réparation demandée ne serait pas préjudiciable à l'égard des membres du groupe. Le fait qu'une faction s'oppose à la réouverture de la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis n'est pas fatal à l'autorisation des demanderesses en tant que groupe, parce que le règlement des questions communes n'aurait aucune incidence négative sur les apiculteurs membres de la faction. Les résultats de l'action ne seraient pas litigieux, parce que la réparation demandée ne porte préjudice à aucun membre du groupe.

Il était approprié de certifier toutes les questions communes proposées. En permettant d'intenter l'action en tant que recours collectif, le dédoublement de la recherche de faits et de l'analyse juridique, ainsi que la multiplicité d'actions individuelles fondées sur les mêmes questions, seront évités. La formulation des questions sous-entendait que l'acte

beekeeper as an individual, rather it was negligence towards the industry, stemming from a failure to follow the import regulations that were in place after the expiry of HIPR 2004. There is no conflict within the class such that the resolution of certain issues will negatively impact certain members of the class. All of the proposed class members have an interest in the Federal Crown lawfully performing its administrative functions. The claims of the class raise common issues that predominate over questions affecting individual members, such that the criterion in subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules* is satisfied.

The common questions raised in this action overwhelmingly predominated, making this a clear case where a class action would result in judicial economy. Each class member, to succeed in their action, must show, *inter alia*, that the Federal Crown acted negligently or in a manner that embodied abusive administrative action. Due to the nature of the causes of action, and defenses, these analyses would depend on similar facts and legal analysis, regardless of the identity of the class member. Therefore, the goal of judicial economy is better achieved by proceeding as a class action, than proceeding as a test case, followed by individual litigation. The goal of behaviour modification is best effected through a class proceeding. It is doubtful that every class member would be able to effectively bring an individual action, should the action not move forward as a class proceeding. Therefore, certifying a class action would best achieve the goal of access to justice.

Finally, the plaintiffs are appropriately represented pursuant to paragraph 334.16(1)(e) of the *Federal Courts Rules*. There was no evidence that these representative plaintiffs were indifferent or antagonistic towards members of the faction that is opposed to reopening the border. Their desire to receive compensation for their losses, because of alleged government negligence or abusive administrative action, is neither indifference nor antagonism towards the commercial beekeepers who want to keep the border closed. The proposed representative plaintiffs have demonstrated that they are competent, and have the capacity to advance the action.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3, 8, 10.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 123(1) "commercial activity", "taxable supply".

négligent ne constituait pas un acte ou une omission à l'égard d'un apiculteur commercial particulier, mais plutôt à l'égard de l'industrie, attribuable au défaut de respecter les règlements applicables à l'importation en place après l'expiration du RIAD de 2004. Il n'y a pas de conflit dans le groupe de sorte que le règlement de certaines questions aura des conséquences négatives pour certains membres du groupe. Tous les membres du groupe proposé ont intérêt à ce que la Couronne fédérale s'acquitte en toute légalité de ses fonctions administratives. Les allégations du groupe ont soulevé des questions communes qui prédominaient sur les questions touchant des membres individuels, de sorte que le critère établi au paragraphe 334.16(1) des Règles a été satisfait.

Les questions communes soulevées dans cette action prédominaient complètement, ce qui en fait un cas évident où un recours collectif permettra d'économiser des ressources. Chacun des membres du groupe devra, s'il veut obtenir gain de cause, démontrer entre autres que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou d'une façon qui constituait une mesure administrative abusive. Vu la nature des causes d'action et des défenses, ces analyses dépendront d'une analyse semblable des faits et du droit, peu importe l'identité du membre du groupe. Par conséquent, l'objectif de l'économie des ressources est mieux servi en procédant en tant que recours collectif qu'en procédant par cause type suivie d'actions individuelles. Un recours collectif constitue la meilleure façon d'atteindre l'objectif de la modification des comportements. Il n'est pas certain que chacun des membres du groupe pourrait effectivement intenter une action individuelle, si l'action ne procédait pas en tant que recours collectif. Par conséquent, l'autorisation du recours collectif constituait la meilleure façon d'atteindre l'objectif d'accès à la justice.

Enfin, les demanderesses sont adéquatement représentées en vertu de l'alinéa 334.16(1)e) des *Règles des Cours fédérales*. Il n'y avait aucune preuve d'indifférence ou d'antagonisme de la part des représentants demandeurs à l'égard des membres de la faction qui s'opposent à la réouverture de la frontière. Leur désir d'obtenir une indemnité pour leurs pertes, attribuables à la négligence ou aux mesures administratives abusives alléguées de la part du gouvernement, ne témoigne ni d'indifférence ni d'antagonisme à l'égard des apiculteurs commerciaux qui souhaitent que la frontière demeure fermée. Les représentants demandeurs proposés ont démontré leur compétence et leur capacité à faire progresser l'action.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3, 8, 10.
Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(2).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 334.16(1),(2), 334.18(a),(e), 334.39(1).
Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21.
Health of Animals Regulations, C.R.C., c. 296, ss. 12, 160(1.1).
Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004, SOR/2004-136.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 10.

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123(1) « activité commerciale », « fourniture taxable ».
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(2).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 10.
Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques, DORS/2004-136.
Règlement sur la santé des animaux, C.R.C., ch. 296, art. 12, 160(1.1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 334.16(1),(2), 334.18(a),(e), 334.39(1).

CASES CITED

APPLIED:

Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General), 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, revg 2014 FC 215, 449 F.T.R. 159, leave to appeal to S.C.C. refused, [2015] 3 S.C.R. vi; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Rae v. Canada (National Revenue)*, 2015 FC 707, [2015] 6 C.T.C. 135; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949.

DISTINGUISHED:

Nixon v. Canada (Attorney General) (2002), 21 C.P.C. (5th) 269, [2002] O.J. No. 1009 (QL) (Sup. Ct.); *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*, 2006 ABQB 375 (CanLII), 402 A.R. 85; *Asp. v. Boughton Law Corporation*, 2014 BCSC 1124; *Lacroix v. Canada Mortgage and Housing Corp.* (2003), 37 C.C.P.B. 53, [2003] O.J. No. 2610 (Sup. Ct.); *Kwicksutaineuk/Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCCA 193, 351 D.L.R. (4th) 24.

CONSIDERED:

Buffalo v. Samson Cree Nation, 2010 FCA 165, 320 D.L.R. (4th) 629; *Université de Sherbrooke v. The Queen*, 2007 TCC 229, [2007] G.S.T.C. 77; *Bowden v. Canada*, 2011 FCA 218, [2011] G.S.T.C. 109; *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665, 2006 CanLII 20322 (Div. Ct.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général), 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, infirmant 2014 CF 215, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2015] 3 R.C.S. vi; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Rae c. Canada (Revenu national)*, 2015 CF 707; *AIC Limited c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Nixon v. Canada (Attorney General) (2002), 21 C.P.C. (5th) 269, [2002] O.J. nº. 1009 (QL) (C. Sup.); *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*, 2006 ABQB 375 (CanLII), 402 A.R. 85; *Asp. v. Boughton Law Corporation*, 2014 BCSC 1124; *Lacroix v. Canada Mortgage and Housing Corp.* (2003), 37 C.C.P.B. 53, [2003] O.J. nº. 2610 (C. Sup.); *Kwicksutaineuk/Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCCA 193, 351 D.L.R. (4th) 24.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Buffalo c. Samson Cree Nation, 2010 CAF 165; *Université de Sherbrooke c. La Reine*, 2007 CCI 229; *Bowden c. Canada*, 2011 CAF 218; *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665, 2006 CanLII 20322 (C. div.).

REFERRED TO:

Clevite Development Ltd. v. Minister of National Revenue, [1961] Ex. C.R. 296, [1961] C.T.C. 147; *McIntosh v. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, 2007 FC 23, 308 F.T.R. 142; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada Ltd.)* (1995), 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div).

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2015-142, *C. Gaz.* 2015.II.1844.

MOTION to certify the underlying action as a class action on behalf of an estimated 1 400 Canadian beekeepers seeking damages payable to the class members for the losses and damages sustained as a result of the ban on importation of honeybees from the United States in effect since 1987. Motion granted.

APPEARANCES

Daniel P. Carroll, QC and *Lily L.H. Nguyen* for plaintiffs.
Marlon Miller and *Jennifer Souter* for defendants.

SOLICITORS OF RECORD

Field Law LLP, Edmonton, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

Table of Contents

	Paragraph
I. Introduction and Issues	1
A. Issues	5
B. Results	7
II. Background—Honeybees	10
III. Background—Procedural History	16
IV. Analysis of subsection 334.16(1) Conditions	21

DÉCISIONS CITÉES :

Clevite Development Ltd. v. Minister of National Revenue, [1961] R.C. de l'É. 296; *McIntosh c. Royal & Sun Alliance du Canada*, 2007 CF 23; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada Ltd.)* (1995), 25 O.R. (3d) 331 (Div. gén.).

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2015.II.1844.

REQUÊTE visant à certifier l'action sous-jacente en tant que recours collectif au nom d'environ 1 400 apiculteurs canadiens afin de demander des dommages-intérêts payables aux membres du recours collectif pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite de l'interdiction d'importation d'abeilles des États-Unis en vigueur depuis 1987. Requête accordée.

ONT COMPARU

Daniel P. Carroll, c.r. et *Lily L.H. Nguyen* pour les demanderesses.
Marlon Miller et *Jennifer Souter* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Field Law LLP, Edmonton, pour les demanderesses.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Table des matières

	Paragraphe
I. Introduction et questions	1
A. Questions	5
B. Résultats	7
II. Contexte — abeilles domestiques	10
III. Contexte — Antécédents touchant la procédure	16
IV. Analyse des conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles	21

A. Do the pleadings disclose a reasonable cause of action? 21
B. Is there an identifiable class of two or more persons? 22
(1) Class definition 32
(2) Is the criteria objective and independent of the merits of the Action? 38
(3) Is there a rational connection to the common issues? 48
(4) Is there conflict within the Class? 50
(a) *Nixon v. Canada (Attorney General)* 61
(b) *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* 64
(5) Conclusion 67
C. Do the claims of the proposed class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members? 68
(1) Do common issues exist? 75
(2) Are issues 1 to 9 common issues? 89
D. Is a class proceeding the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law and fact? 95
E. Is there an appropriate representative plaintiff? 120
V. Costs 129

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

MANSON J.:

I. Introduction and Issues

[1] This is a motion to certify this action (the Action) as a class action on behalf of an estimated 1 400 Canadian beekeepers. The subject matter of the underlying Action is the ban on importation of honeybees from the United States, which has been in effect, in various forms, since 1987.

A. Les actes de procédures révèlent-ils une cause d'action valable? 21
B. Existe-t-il un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes? 22
1) Définition du groupe 32
2) Les critères sont-ils objectifs et indépendants par rapport au fond de l'action? 38
3) Existe-t-il un lien rationnel entre les questions communes? 48
4) Existe-t-il un conflit dans le groupe? 50
a) *Nixon v. Canada (Attorney General)* 61
b) *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* 64
5) Conclusion 67
C. Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre? 68
1) Existe-t-il des questions communes? 75
2) Les questions 1 à 9 sont-elles des questions communes? 89
D. Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs? 95
E. Existe-t-il un représentant demandeur approprié? 120
V. Dépens 129

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LE JUGE MANSON :

I. Introduction et questions

[1] La Cour est saisie d'une requête visant à certifier la présente action (l'action) en tant que recours collectif au nom d'environ 1 400 apiculteurs. L'action sous-jacente porte sur l'interdiction d'importer des abeilles domestiques des États-Unis, en vigueur, sous différentes formes, depuis 1987.

[2] The plaintiffs are Paradis Honey Ltd., Honeybee Enterprises Ltd., and Rocklake Apiaries Ltd. (collectively, the Beekeepers or the plaintiffs). The defendants are Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of Agriculture and Agri-Food (the Minister) and the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) (collectively, the Federal Crown or the defendants).

[3] The Beekeepers, on their own behalf and on behalf of all class members (the Class), assert that the Federal Crown negligently, or through abusive administrative action, denied commercial beekeepers in Canada their lawful right to seek import permits for honeybee "packages", and failed to perform evidence-based assessments of pest and disease risk associated with importing honeybees from the United States, to support the blanket prohibition on the importation of bee "packages", that has been in existence since 2006. They seek damages payable to the Class members for the losses and damages they sustained as a result of the Federal Crown's actions.

[4] The Federal Crown denies any alleged non-compliance with their public law duties, and also denies that it was either negligent or took any abusive administrative actions. Further, or in the alternative, the Federal Crown states, that by virtue of Crown sovereignty and Crown prerogative, the Federal Crown has the lawful authority and the right to control Canada's borders. Finally, the Federal Crown pleads and relies on the defence of statutory authority, as well as immunity to liability, under sections 8 and 10 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50.

A. *Issues*

[5] The only issue in this motion is whether the five conditions of subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, are satisfied, such that the Action should be certified as a class proceeding:

[2] Paradis Honey Ltd., Honeybee Enterprises Ltd. et Rocklake Apiaries Ltd. sont les demanderesses (connus ensemble sous les noms apiculteurs ou demanderesses). Les défendeurs sont Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire (le ministre) et l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'ACIA) (connus ensemble sous les noms de Couronne fédérale ou de défendeurs).

[3] Les apiculteurs, en leur nom, et au nom de toutes les personnes inscrites au recours collectif (les personnes inscrites) affirment que la Couronne fédérale a refusé, par négligence ou dans le cadre de mesures administratives abusives, aux apiculteurs commerciaux du Canada leur droit légitime de demander des permis d'importation de « paquets » d'abeilles et qu'elle n'a pas mené d'évaluations fondées sur des données probantes du risque de parasites et de maladies lié à l'importation d'abeilles domestiques en provenance des États-Unis, à l'appui de l'interdiction générale d'importation de « paquets » d'abeilles en place depuis 2006. Ils demandent des dommages-intérêts payables aux membres du groupe pour les pertes et les dommages qu'ils ont subis par suite des mesures prises par la Couronne fédérale.

[4] La Couronne fédérale rejette toute non-conformité alléguée à l'égard de ses fonctions qui relèvent du droit public et rejette aussi toute négligence ou prise de mesures administratives abusives. Qui plus est ou autrement, la Couronne fédérale affirme qu'elle a le pouvoir et le droit légitime de contrôler les frontières canadiennes, en vertu de la souveraineté et de la prérogative de la Couronne. Enfin, la Couronne fédérale fait valoir la défense de pouvoir d'origine législative et l'immunité à la responsabilité civile, sur lesquelles elle s'appuie en vertu des articles 8 et 10 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50.

A. *Questions*

[5] La seule question en l'espèce vise à déterminer si les cinq conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les Règles], sont réunies, de sorte de permettre d'autoriser l'action en tant que recours collectif :

(1) Do the pleadings disclose a reasonable cause of action?

(2) Is there an identifiable class of two or more persons?

(3) Do the claims of the proposed class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members?

(4) Is a class proceeding the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law and fact?

(5) Is there an appropriate representative plaintiff?

[6] If the Action is certified, the following issues need to be determined:

(1) What are the common issues to be determined in the class proceeding?

(2) In what manner should notice of certification and progress in the proceeding be provided to the Class?

(3) When is the deadline and what is the form for opting out of the Class?

(4) Is the litigation plan appropriate?

B. *Results*

[7] Based upon the evidence before the Court, I find that:

(1) The pleadings disclose reasonable causes of action;

(2) There is an identifiable class of two or more persons, and there are no disqualifying conflicts between members of the Class;

1) Les actes de procédures révèlent-ils une cause d'action valable?

2) Existe-t-il un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes?

3) Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre?

4) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs?

5) Existe-t-il un représentant demandeur approprié?

[6] Si le recours est autorisé, il faut trancher les questions suivantes :

1) Quelles sont les questions communes à trancher dans le recours collectif?

2) De quelle façon devrait-on communiquer l'avis d'autorisation et l'évolution de l'instance aux personnes inscrites?

3) Quelle est la date limite pour se retirer du recours et sous quelle forme ce retrait doit-il s'effectuer?

4) Le plan de litige est-il approprié?

B. *Résultats*

[7] Vu les éléments de preuve déposés devant la Cour, je conclus ainsi :

1) Les actes de procédures révèlent une cause d'action valable;

2) Il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes et il n'existe aucun litige entre les personnes inscrites au recours collectif qui nécessiterait leur récusation;

(3) There are common issues, the resolution of which will advance the claims of all Class members. The resolution of these common issues will help the Court avoid duplication of fact-finding and/or legal analysis. The common issues predominate over questions affecting only individual members;

(4) A class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law and fact. A class proceeding will achieve all three principles underpinning class actions (i.e., judicial economy, behavioural modification, and access to justice) more effectively than any alternative procedures;

(5) Mr. Paradis, Mr. Gibeau, and Mr. Lockhart are appropriate representative plaintiffs.

[8] Therefore, contingent upon the Beekeepers updating their litigation plan and submitting it to the Court for approval, I grant the motion to certify the Action as a class proceeding. Additionally, I find that the nine common issues proposed by the plaintiffs should be certified as common issues.

[9] The following questions are to be determined by the case management Judge:

(1) In what manner should notice of certification and progress in the proceeding be provided to the Class?

(2) When is the deadline and what is the form for opting out of the Class?

(3) What changes should be made to the litigation plan?

II. Background—Honeybees

[10] Canada's winter climate, especially in the northern regions, is hostile to bees. As a result, Canadian beekeepers regularly experience a significant loss of

3) Il existe des questions communes, dont le règlement fera progresser les réclamations de tous les membres du groupe. Le règlement de ces questions communes aidera la Cour à éviter le dédoublement de la recherche de faits ou de l'analyse juridique. Les points communs prédominent sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

4) Le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs. Un recours collectif permettra de respecter les trois principes qui sous-tendent les recours collectifs (c.-à-d. l'économie des ressources judiciaire, la modification du comportement et l'accès à la justice) plus efficacement que toute autre procédure;

5) M. Paradis, M. Gibeau et M. Lockhart sont des représentants demandeurs appropriés.

[8] Par conséquent, à condition que les apiculteurs mettent à jour leur plan de litige et le présentent à la Cour aux fins d'approbation, j'accueille la requête d'autorisation de l'action en tant que recours collectif. Je conclus aussi que les neuf points communs proposés par les demanderesses doivent être autorisés en tant que points communs.

[9] Le juge responsable de la gestion de l'instance doit trancher les questions suivantes :

1) De quelle façon devrait-on communiquer l'avis d'autorisation et l'évolution de l'instance aux personnes inscrites?

2) Quelle est la date limite pour se retirer du recours et sous quelle forme ce retrait doit-il s'effectuer?

3) Quels sont les changements à apporter au plan de litige?

II. Contexte — abeilles domestiques

[10] Le climat hivernal du Canada, surtout dans les régions nordiques, est hostile pour les abeilles. En conséquence, le froid fait régulièrement subir aux apiculteurs

bees every winter due to the cold. This bee mortality is compounded by other factors, such as pests and disease. Data from the Canadian Association of Professional Apiculturists (CAPA) shows that, from 2008-2012, commercial beekeepers had annual average wintering losses of 15 percent to 35 percent of their honeybee colonies.

[11] These losses mean that commercial beekeepers need to find a method of replacing colonies every year. The CAPA data indicates that colony loss due to winter is not uniform across Canada, and that beekeepers in Alberta, Saskatchewan, and Manitoba are disproportionately burdened with the need to replace colonies, because beekeepers in these provinces have, on average, the greatest number of dead colonies year-to-year.

[12] Options to replace lost colonies include (1) trying to grow replacement colonies from existing colonies, (2) purchasing bees from domestic suppliers, and (3) importing bees from international suppliers. The purchase of bees can take either of two forms: "packages" and "queens". A "package" contains a queen bee and thousands of worker bees, sufficient to form a viable colony as soon as it is introduced into a beehive. A "queen" contains a queen and a small number of attendant bees that keep the queen alive during transportation. "Queens" can be used to grow a new colony; however, this usually takes at least a year.

[13] In 1987, the Federal Crown closed the Canada-United States border to the importation of both "packages" and "queens", as an emergency response to the discovery of varroa mite in certain beekeeping regions in the United States. From 1987 to 2006, the Federal Crown continued the prohibition on honeybee imports from the United States (with the exception of imports from the State of Hawaii, starting in 1991) by means of orders and regulations. The last of this series

canadiens des pertes considérables d'abeilles tous les hivers. D'autres facteurs, comme les organismes nuisibles et les maladies, exacerbent la mortalité des abeilles. Selon les données de l'Association canadienne des professionnels de l'apiculture (l'ACPA), de 2008 à 2012, les apiculteurs commerciaux ont subi des pertes hivernales moyennes annuelles de 15 p. 100 à 35 p. 100 de leurs colonies d'abeilles.

[11] Ces pertes contraignent les apiculteurs commerciaux à trouver une méthode pour remplacer leurs colonies chaque année. Selon les données de l'ACPA, les pertes de colonies attribuables à l'hiver ne sont pas uniformes à l'échelle du Canada; les apiculteurs de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba sont confrontés de manière disproportionnée au besoin de remplacer leurs colonies, parce qu'ils enregistrent en moyenne le nombre le plus élevé de colonies mortes d'une année à l'autre.

[12] Parmi les options offertes pour remplacer les colonies perdues, notons 1) une tentative d'élevage de colonies de remplacement à partir de colonies existantes 2) l'achat d'abeilles auprès de fournisseurs nationaux et 3) l'importation d'abeilles de fournisseurs internationaux. L'achat d'abeilles peut se faire sous les deux formes suivantes : les « paquets » et les « reines ». Un « paquet » contient une reine-abeille et des milliers d'abeilles ouvrières, qui suffisent à former une colonie viable dès leur introduction dans une ruche. Une « reine » contient une reine-abeille et un petit nombre d'accompagnatrices qui maintiennent la reine-abeille en vie pendant le transport. On peut utiliser les « reines » pour élever une nouvelle colonie; toutefois, ce processus dure au moins un an.

[13] En 1987, la Couronne fédérale a fermé la frontière canado-américaine à l'importation de « paquets » et de « reines », en guise d'intervention d'urgence à la suite de la découverte de varroa dans certaines régions des États-Unis où l'on pratique l'apiculture. De 1987 à 2006, la Couronne fédérale a continué d'interdire les importations d'abeilles domestiques des États-Unis (sauf les importations de l'État d'Hawaii, à compter de 1991) par l'intermédiaire d'arrêtés et de règlements.

of regulations, the *Honeybee Importation Prohibition Regulations, 2004*, SOR/2004-136 (HIPR 2004), permitted the importation of "queens" from the United States, but continued the prohibition against "packages". HIPR 2004 expired, without renewal, on December 31, 2006; however, it was not formally repealed until June 11, 2015 [SOR/2015-142, s. 3]. There have been no orders, regulations, or legislation enacted in HIPR 2004's place.

[14] Prior to enacting HIPR 2004, the Federal Crown conducted a risk assessment (the 2003 Risk Assessment) that focused on the economic and biological risks to the Canadian beekeeping industry from four specific bee pests found in American bee populations: (1) varroa mite, (2) small hive beetle, (3) American foulbrood, and (4) Africanized honeybee. Based upon the findings in the 2003 Risk Assessment, the Federal Crown decided to lift the import prohibition against "queens" but not "packages". In the Regulatory Impact Analysis Statement [*C. Gaz.* 2015.II.1844] that accompanies HIPR 2004, the Federal Crown acknowledged that the animal health status of Canadian honeybees was changing, and that there were differences in opinion among commercial beekeepers regarding whether maintaining the border prohibition was appropriate.

[15] Following the expiry of HIPR 2004, a beekeeper's ability to import honeybees, both "queens" and "packages", is determined under the general import permit system for live animal imports: section 12 and subsection 160(1.1) of the *Health of Animals Regulations*, C.R.C., c. 296, enacted pursuant to the *Health of Animals Act*, S.C. 1990, c. 21. Section 12 allows a person to import live honeybees in accordance with an import permit, and subsection 160(1.1) requires the Minister to issue a permit if he is satisfied that the activity is not likely to result in the introduction into or spread in Canada of a vector, disease, or toxic substance.

Le dernier règlement de la série, le *Règlement de 2004 interdisant l'importation des abeilles domestiques*, DORS/2004-136 (le RIAD de 2004) permettait l'importation de « reines » des États-Unis, mais maintenait l'interdiction d'importer des « paquets ». Le RIAD de 2004 n'a pas été remplacé à son expiration, le 31 décembre 2006; ce n'est que le 11 juin 2015 qu'il a été abrogé officiellement [DORS/2015-142, art. 3]. Aucun arrêté, aucun règlement ou aucune loi n'ont été adoptés afin de remplacer le RIAD de 2004.

[14] Avant l'adoption du RIAD de 2004, la Couronne fédérale a mené une évaluation du risque (l'évaluation du risque de 2003) axée sur les risques économiques et biologiques pour l'industrie apicole que posent quatre types particuliers de parasites d'abeilles que l'on trouve dans les populations abeilles américaines : 1) le varroa, 2) le petit coléoptère des ruches, 3) la loque américaine et 4) l'abeille domestique africanisée. À la lumière des conclusions de l'évaluation du risque de 2003, la Couronne fédérale a décidé de lever l'interdiction d'importation de « reines », mais pas de « paquets ». Dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2015.II.1844] qui accompagne le RIAD de 2004, la Couronne fédérale reconnaissait l'évolution de la situation zoosanitaire des abeilles domestiques canadiennes et les divergences d'opinions entre apiculteurs commerciaux sur le caractère approprié du maintien de l'interdiction d'importation.

[15] Après l'expiration du RIAD de 2004, la capacité d'un apiculteur à importer des abeilles domestiques sous la forme de « reines » et de « paquets » est déterminée en vertu du système général de permis d'importation pour les importations d'animaux vivants : article 12 et paragraphe 160(1.1) du *Règlement sur la santé des animaux*, C.R.C., ch. 296, pris en vertu de la *Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21. En vertu de l'article 12, une personne peut importer des abeilles domestiques vivantes en conformité avec un permis d'importation, tandis que le paragraphe 160(1.1) exige au ministre de délivrer un permis s'il est d'avis qu'il est peu probable que l'activité entraîne l'introduction ou la propagation de vecteurs, de maladies ou de substances toxiques au Canada.

III. Background—Procedural History

[16] This is the second motion to certify a class action based on allegations by the Beekeepers that:

(1) Following the expiry of HIPR 2004, the Federal Crown denied the Beekeepers the right to seek import permits for "packages", rejecting any applications for import permits without consideration;

(2) The Federal Crown informed commercial beekeepers that the border remained closed to American "packages", and the Federal Crown would not reconsider this policy until a new risk assessment was completed, which it represented would only be done following an "official request" from the Canadian Honey Council (Honey Council);

(3) As a result of the Federal Crown's unlawful extension of the prohibition against "package" imports, commercial beekeepers were forced to buy replacement bees from less desirable sources, and use more time-intensive and expensive measures to keep their bees alive over the winter. This resulted in aggregate losses for the Class of $200 million plus interest.

[17] The Action was originally commenced by statement of claim, filed December 28, 2012, with a statement of defence following on February, 8, 2013. The original notice of motion for certification was filed on September 12, 2013; in which the Beekeepers claimed that the Federal Crown acted negligently.

[18] The Federal Crown moved to strike the motion for certification in its entirety, based upon failure to disclose a reasonable cause of action (i.e., condition (1) of subsection 334.16(1) [of the *Federal Courts Rules*]). On March 5, 2014, Mr. Justice André Scott struck the motion, finding that it was plain and obvious that the Beekeepers' claim of negligence based on lack of lawful

III. Contexte — Antécédents touchant la procédure

[16] Il s'agit de la deuxième requête en autorisation de recours collectif fondée sur des réclamations des apiculteurs selon lesquelles :

1) À la suite de l'expiration du RIAD de 2004, la Couronne fédérale a refusé aux apiculteurs le droit de demander des permis d'importation de « paquets », en rejetant toute demande de permis d'importation sans les avoir examinées;

2) La Couronne fédérale a informé les apiculteurs commerciaux que la frontière demeurait fermée aux « paquets » américains et qu'elle ne réexaminerait pas cette politique avant la tenue d'une nouvelle évaluation du risque, qui, avait-t-elle signalé, ne serait menée que sur « demande officielle » du Conseil canadien du miel (le Conseil du miel);

3) À la suite de la prorogation illégale, par la Couronne fédérale, de l'interdiction visant les importations de « paquets », les apiculteurs commerciaux ont été contraints de se procurer des abeilles de remplacement auprès de sources moins attirantes et de recourir à des mesures exigeant plus de temps et d'argent pour maintenir en vie leurs abeilles durant l'hiver. Cette situation a fait subir au groupe des pertes cumulées de 200 millions de dollars, en plus de l'intérêt.

[17] L'action a été lancée par le dépôt d'une déclaration, le 28 décembre 2012, suivie d'une défense, le 8 février 2013. L'avis original de requête en autorisation a été déposé le 12 septembre 2013; les apiculteurs y alléguaient que la Couronne fédérale avait fait preuve de négligence.

[18] La Couronne fédérale a présenté une requête visant à radier la requête en autorisation dans son ensemble au motif qu'elle ne faisait pas état d'une cause d'action valable (c.-à-d. la première condition du paragraphe 334.16(1) des Règles). Le 5 mars 2014, Monsieur le juge André Scott a radié la requête après avoir conclu qu'il était évident et manifeste que l'allégation de

authority would fail (*Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 215, 449 F.T.R. 159 (*Paradis Honey FC*)).

[19] On April 8, 2015, Mr. Justice David Stratas, writing for the majority of the Federal Court of Appeal, reversed Mr. Justice Scott's finding, and found instead that the "facts as pleaded support a claim in negligence and bad faith", as well as a "claim for monetary relief in public law" (*Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446 (*Paradis Honey FCA*), at paragraph 77. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied on October 29, 2015 [[2015] 3 S.C.R. vi].

[20] Conditions (2) to (5) of subsection 334.16(1) [of the *Federal Courts Rules*] were not addressed in *Paradis Honey FC* or *Paradis Honey FCA*

IV. Analysis of subsection 334.16(1) Conditions

A. *Do the pleadings disclose a reasonable cause of action?*

[21] The Federal Court of Appeal has determined that the Beekeepers' pleadings disclose reasonable causes of action in both regulatory negligence and a novel cause of action for abusive administrative action warranting monetary relief (*Paradis Honey FCA*, above, at paragraphs 111 and 118).

B. *Is there an identifiable class of two or more persons?*

[22] The Supreme Court of Canada, in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534 (*WCSC*), at paragraph 38, identified three rationales for requiring class actions to proceed only with an identifiable class: (1) to identify

négligence fondée sur l'absence d'autorité légale avancée par les apiculteurs était vouée à l'échec (*Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 215 (*Paradis Honey CF*)).

[19] Le 8 avril 2015, Monsieur le juge David Stratas, qui écrivait pour la majorité de la Cour d'appel fédérale, a infirmé la conclusion tirée par Monsieur le juge Scott et a plutôt conclu que « les faits tels que plaidés sont susceptibles d'un recours fondé sur la négligence et la mauvaise foi » et que « les faits allégués sont susceptibles d'une sanction pécuniaire fondée sur le droit public » (*Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446 (*Paradis Honey, CAF*), au paragraphe 77). La demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada a été rejetée le 29 octobre 2015 [[2015] 3 R.C.S. vi].

[20] Les conditions (2) à (5) prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles n'ont pas été abordées ni dans la décision *Paradis Honey CF* ni dans l'arrêt *Paradis Honey CAF*

IV. Analyse des conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles

A. *Les actes de procédures révèlent-ils une cause d'action valable?*

[21] La Cour d'appel fédérale a conclu que les actes de procédures des apiculteurs révèlent une cause d'action valable fondée sur la négligence réglementaire et une nouvelle cause d'action fondée sur la prise de mesures administratives abusives qui justifient une sanction pécuniaire (*Paradis Honey CAF*, précité, aux paragraphes 111 et 118).

B. *Existe-t-il un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes?*

[22] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 (*WCSC*), au paragraphe 38, a déterminé trois justifications à l'exigence selon laquelle les recours collectifs doivent uniquement procéder si le

persons who have a potential claim for relief against the defendants; (2) to define the parameters of the lawsuit in order to identify those who are bound by the result; and (3) to describe who is entitled to notice for certification.

[23] In *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 (*Hollick*), a case issued shortly after *WCSC*, above, the Supreme Court of Canada stated that there were three criteria for finding the existence of an "identifiable class": (1) the class must be defined by objective criteria; (2) the class must be defined without reference to the merits of the action; and (3) there must be a rational connection between the common issues and the proposed class definition.

[24] The burden is on the proposed representative plaintiff to show that the class is defined sufficiently narrowly, such that it meets these criteria (*Hollick*, above, at paragraph 20). Interpreting the legislative history of class actions, the Supreme Court of Canada stated that class action legislation should be interpreted generously (*Hollick*, at paragraph 14); therefore, the representative's burden is not an onerous one. The representative does not need to show that "everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue[s]" [emphasis in original], only that the class is not "unnecessarily broad" (emphasis in original) (*Hollick*, at paragraph 21).

[25] Further, *WCSC* makes it clear that the criteria of a rational connection between the common issues and the proposed class is to be approached purposively, such that it is "not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party ... [but] that the resolution of the common issues [are necessary to the resolution] of each class member's claim" (*WCSC*, at paragraph 39).

[26] The identity of the class members can also be amended, should the Court find post-certification that a different class definition would be more appropriate. In *Buffalo v. Samson Cree Nation*, 2010 FCA 165, 320

groupe est défini : 1) pour désigner les personnes qui ont droit à la réparation contre les défendeurs; 2) pour définir les paramètres de la poursuite afin de cerner ceux qui sont liés par l'issue; et 3) pour décrire ceux qui ont le droit à l'avis d'autorisation.

[23] Dans l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 (*Hollick*), une instance survenue peu de temps après l'arrêt *WCSC*, précité, la Cour suprême du Canada a déclaré que trois critères permettent de conclure qu'un groupe est « identifiable » : 1) le groupe doit être défini en recourant à un critère objectif, 2) le groupe doit être défini sans se référer au fond de l'action et 3) il doit exister un lien rationnel entre la définition proposée du groupe et les questions communes énoncées.

[24] Il incombe au représentant demandeur proposé d'établir que le groupe est défini de manière suffisamment étroite, de sorte à respecter ces critères (*Hollick*, précité, au paragraphe 20). Dans son interprétation de l'évolution historique des recours collectifs, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il convient d'interpréter libéralement la loi sur les recours collectifs (*Hollick*, au paragraphe 14); le représentant n'a donc pas un fardeau exigeant. Le représentant n'est pas tenu de « montrer que tous les membres du groupe partagent le même intérêt dans le règlement de la question commune énoncée » [souligné dans l'original]; il doit cependant montrer que le groupe n'est pas « inutilement large » (souligné dans l'original) (*Hollick*, au paragraphe 21).

[25] Qui plus est, il est clairement indiqué dans l'arrêt *WCSC* que le critère selon lequel il doit exister un lien rationnel entre les questions communes et le groupe proposé doit être abordé en fonction de l'objet, de sorte qu'il « n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse », mais que « leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe » (*WCSC*, au paragraphe 39).

[26] Il est aussi possible de modifier l'identité des membres du groupe, si la Cour conclut après l'autorisation qu'il serait plus approprié de définir autrement le groupe. Dans l'arrêt *Buffalo c. Nation Crie de Samson*,

D.L.R. (4th) 629 (*Buffalo*), at paragraph 12, Mr. Justice Stratas stated:

> I accept that in certification motions, and in the post-certification period, courts can be quite active, and flexible because of the complex and dynamic nature of class proceedings: for example, they must always remain open to amendments to such matters as the class definition, the common issues and the representative plaintiff's litigation plan, and they can play a key role in case management.

[27] The Federal Crown argues that there is no identifiable class of two or more persons. They also state that the Class definition is based on subjective and merits based criteria.

[28] The Federal Crown asserts that the term "commercial" is subjective. On cross-examination, Mr. Paradis commented that a person who has only five colonies and makes $1 000 may think that they are commercial, despite being a much smaller operation than what the Beekeepers would consider a commercial operation. Therefore, it would be impossible to define commercial in a way with which all beekeepers would agree.

[29] The Federal Crown further asserts that the most problematic, subjective feature of the Class definition is that each Class member needs to determine whether or not he or she is a member of the group of beekeepers who oppose opening the United States border to importing "packages" (the Faction). They argue that the members of the Faction have interests that are opposed to the Beekeepers and, therefore, that some of the Class members would have their interests harmed by the relief sought by the Class. The Federal Crown submits that there is no objective means of determining whether any given beekeeper is a member of the Faction, making the class over-inclusive.

[30] Finally, and most importantly, the Federal Crown argues that the inclusion of beekeepers who are part of the Faction creates irresolvable conflicts within the

2010 CAF 165 (*Buffalo*), au paragraphe 12, Monsieur le juge Stratas a déclaré ce qui suit :

> Je conviens que les tribunaux peuvent être très actifs et souples lorsqu'ils sont saisis d'une requête en autorisation ou après qu'ils y ont fait droit, en raison de la nature complexe et dynamique des recours collectifs. Par exemple, ils doivent toujours être ouverts aux modifications touchant des aspects comme la définition du groupe, les points communs et le plan relatif au litige du représentant demandeur, et ils peuvent jouer un rôle clé dans la gestion de l'instance.

[27] La Couronne fédérale soutient qu'il ne s'agit pas d'un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes. Elle indique aussi que la définition du groupe se fonde sur des critères subjectifs et fondés sur le mérite.

[28] La Couronne fédérale fait valoir que le terme « commerciaux » est subjectif. En contre-interrogatoire, M. Paradis a indiqué qu'une personne qui ne possède que cinq colonies d'abeilles et qui gagne 1 000 $ pourrait croire qu'elle est un apiculteur commercial, même si son exploitation est beaucoup plus petite que ce que les apiculteurs considéreraient comme une exploitation commerciale. Par conséquent, il serait impossible de définir le terme « commerciaux » d'une façon qui convient à tous les apiculteurs.

[29] La Couronne fédérale soutient aussi que la caractéristique la plus problématique et subjective de la définition du groupe est celle selon laquelle chaque membre du groupe doit déterminer s'il est membre ou non du groupe d'apiculteurs qui s'opposent à l'ouverture de la frontière avec les États-Unis pour importer des « paquets » (la faction). Elle soutient que les intérêts des membres de la faction sont contraires à ceux des apiculteurs et que les intérêts de certains membres du groupe pourraient donc être lésés par la réparation demandée par le groupe. La Couronne fédérale fait valoir qu'il n'existe aucune façon objective de déterminer si un apiculteur donné est membre de la faction, ce qui rend le groupe trop inclusif.

[30] Finalement — et c'est là l'aspect le plus important — la Couronne fédérale soutient que l'inclusion des apiculteurs qui sont membres de la faction donne

Class, because some Class members will not have a claim and some will be negatively impacted by the relief sought by the Beekeepers.

[31] The Federal Crown submits five cases—*Nixon v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.C. (5th) 269, [2002] O.J. No. 1009 (QL) (Sup. Ct.) [*Nixon*]; *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*, 2006 ABQB 375 (CanLII), 402 A.R. 85 [*Paron*]; *Asp. v. Boughton Law Corporation*, 2014 BCSC 1124; *Lacroix v. Canada Mortgage and Housing Corp.* (2003), 37 C.C.P.B. 53, [2003] O.J. No. 2610 (Sup. Ct.); and *Kwicksutaineuk/Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCCA 193, 351 D.L.R. (4th) 24—in support of their argument that the Class is unidentifiable and there is clear conflict within the Class, making it uncertifiable. However, these cases are distinguishable from the facts here.

(1) Class definition

[32] The Beekeepers proposed the following Class definition in the amended notice for motion for certification:

> All persons in Canada who keep or have kept more than 50 bee colonies at a time for commercial purposes since December 31, 2006 and who have been denied the opportunity to import live honeybee packages into Canada from the continental United States after December 31, 2006, as a result of the Defendants' maintenance or enforcement of a *de facto* blanket prohibition on the importation of such packages.

[33] Although the Beekeepers argue that the phrase "and who have been denied the opportunity to import" is only intended as a descriptor, and is not intended as language to narrow the Class, in their memorandum of fact and law, they propose that the Class definition be amended as follows:

> All persons in Canada who keep or have kept more than 50 bee colonies at a time for commercial purposes since December 31, 2006.

lieu à des conflits impossibles à régler dans le groupe, puisque certains membres du groupe n'auront aucune réclamation et d'autres subiront les effets néfastes de la réparation demandée par les apiculteurs.

[31] La Couronne fédérale renvoie à cinq affaires — *Nixon v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.C. (5th) 269, [2002] O.J. nº 1009 (QL) (C. sup.) [*Nixon*]; *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*, 2006 ABQB 375 (CanLII), 402 A.R. 85 [*Paron*]; *Asp. v. Boughton Law Corporation*, 2014 BCSC 1124; *Lacroix v. Canada Mortgage and Housing Corp.* (2003), 37 C.C.P.B. 53, [2003] O.J. nº 2610 (C. sup.); et *Kwicksutaineuk/Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCCA 193, 351 D.L.R. (4th) 24 — afin d'étayer son argument selon lequel le groupe ne peut pas être défini et il existe un conflit manifeste dans le groupe, ce qui rend son autorisation impossible. Ces affaires se distinguent toutefois des faits en l'espèce.

1) Définition du groupe

[32] Les apiculteurs ont proposé la définition de groupe suivante dans l'avis modifié de requête en autorisation :

> [TRADUCTION] Toutes les personnes au Canada qui maintiennent ou qui ont maintenu plus de 50 colonies d'abeilles à un moment donné à des fins commerciales depuis le 31 décembre 2006 et qui se sont vu refuser la possibilité d'importer des paquets d'abeilles domestiques vivantes au Canada en provenant de la partie continentale des États-Unis après le 31 décembre 2006, à la suite du maintien ou de l'exécution, par les défendeurs, d'une interdiction générale de fait d'importation de tels paquets.

[33] Même si les apiculteurs soutiennent que l'expression [TRADUCTION] « et qui se sont vu refuser la possibilité d'importer » ne sert qu'à une fin descriptive et qu'il ne s'agit pas d'un libellé visant à limiter le groupe, ils proposent néanmoins, dans leur mémoire des faits et du droit, de modifier la définition du groupe ainsi :

> [TRADUCTION] Toutes les personnes au Canada qui maintiennent ou qui ont maintenu plus de 50 colonies d'abeilles à un moment donné à des fins commerciales depuis le 31 décembre 2006.

[34] Changing the definition of a class at a hearing or developing a class definition is at the discretion of the Court (*Buffalo*, above, at paragraph 15).

[35] In this case, it is not clear that the phrase "who have been denied the opportunity to import live honeybee packages" narrows the Class definition. This phrase can be interpreted in two ways. The Federal Crown argues that it describes only beekeepers who applied for permits, or expressed some interest in importing "packages", and were, or felt they were, denied by the Minister. Conversely, the Beekeepers assert that it describes all commercial beekeepers in Canada, who by virtue of the prohibition have been denied the opportunity to import, and is not a description that narrows who is included in the Class.

[36] Based upon the causes of action disclosed in the pleadings, a generous and purposive interpretation of the Class definition favours the Beekeepers' position. If the trial Judge determines that the Federal Crown acted negligently or in a manner that was an abusive administrative action, then it follows that all commercial beekeepers in Canada will have been denied the opportunity to import honeybees from the United States, during the relevant time.

[37] Since the original Class definition and the proposed amended Class definition encompass the same beekeepers: commercial beekeepers, who have had more than 50 colonies since December 31, 2006. I find that the amendment to the Class definition should be allowed.

(2) Is the criteria objective and independent of the merits of the Action?

[38] The Federal Crown argues that (1) setting the minimum number of colonies at 50 colonies is an arbitrary restriction with no objective boundaries; and (2) the term commercial is subjective.

[34] La modification de la définition d'un groupe pendant une audience ou l'élaboration d'une définition du groupe s'effectue à la discrétion de la Cour (*Buffalo*, précitée, au paragraphe 15).

[35] Il n'est pas clair en l'espèce que la phrase [TRADUCTION] « qui se sont vu refuser la possibilité d'importer des paquets d'abeilles domestiques vivantes » limite la définition du groupe. On peut interpréter cette phrase de deux façons. La Couronne fédérale soutient qu'elle ne décrit que les apiculteurs qui ont présenté une demande de permis ou qui ont fait part de leur intérêt à importer des « paquets » et qui se sont vu refuser ou qui croient s'être vu refuser ce droit par le ministre. À l'inverse, les apiculteurs soutiennent qu'elle décrit l'ensemble des apiculteurs commerciaux au Canada, qui, en vertu de l'interdiction, se sont vu refuser la possibilité d'importer et qu'il ne s'agit pas d'une description qui limite les personnes incluses dans le groupe.

[36] En fonction des causes d'action révélée dans les actes de procédure, une interprétation généreuse et téléologique de la définition du groupe favorise la position des apiculteurs. Si le juge de première instance établit que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou d'une façon qui constituait une mesure administrative abusive, il s'en suit donc que tous les apiculteurs commerciaux au Canada se seront vus refuser la possibilité d'importer des abeilles des États-Unis au cours de la période visée.

[37] Étant donné que la définition originale du groupe et que sa définition modifiée proposée englobe les mêmes apiculteurs, soit les apiculteurs commerciaux qui ont possédé plus de 50 colonies depuis le 31 décembre 2006, je suis d'avis que la modification à la définition du groupe doit être accueillie.

2) Les critères sont-ils objectifs et indépendants par rapport au fond de l'action?

[38] La Couronne fédérale soutient que 1) l'établissement du nombre minimal de colonies à 50 correspond à une restriction arbitraire sans limites objectives et que 2) le terme « commercial » est subjectif.

[39] The Beekeepers assert that there are an estimated 1 400 commercial beekeepers in Canada, and that the Class is identifiable by objective criteria that are independent of the merits of the Action. Both the time limitation of December 31, 2006, and the number of colonies are clearly objective criteria. The Beekeepers submit that data regarding the number of colonies a beekeeper would have had during the period between December 31, 2006 and the present is readily accessible in provincial records. They also argue that the commercial nature of any beekeeper's activities is also objectively discernable, using common legal definitions of commercial activity and commercial purpose.

[40] On their website, the Honey Council states that commercial beekeepers in Eastern Canada and British Columbia operate small to medium sized operations of 50–50 000 colonies. Mr. Gibeau, one of the proposed representative plaintiffs, testified that a person needs to have at least 50 colonies to significantly augment their income, and to qualify for most federal or provincial government agricultural safety net programs. Mr. Gibeau explained that, in setting the minimum number, the Beekeepers were trying to ensure that hobbyists were excluded from the Class, because they have different interests from commercial beekeepers. Therefore, the Beekeepers assert that the minimum of 50 colonies is logical, and is neither over- nor under-inclusive.

[41] I find the Federal Crown's argument that the number of colonies is an arbitrary cut-off unpersuasive. As the Beekeepers show, the number 50 is tied to both representations made by the Honey Council about the size of commercial beekeeping operations in the Eastern Provinces and British Columbia, and government assistance programs that require a beekeeper to have at least 50 colonies to qualify. The Beekeepers acknowledge that requiring beekeepers to have 50 or more colonies may prevent some commercial beekeepers from taking part in the Action. However, as Madam Justice Martine St-Louis said recently, in *Rae v. Canada*

[39] Les apiculteurs soutiennent que l'on compte environ 1 400 apiculteurs commerciaux au Canada et que le groupe se définit en recourant à des critères objectifs et sans lien avec le fond de l'action. Il est évident que la date limite du 31 décembre 2006 et le nombre de colonies sont des critères objectifs. Les apiculteurs font valoir qu'il est facile de consulter les données relatives au nombre de colonies qu'un apiculteur posséderait pendant la période allant du 31 décembre 2006 à aujourd'hui dans les registres provinciaux. Ils soutiennent qu'il est aussi possible de distinguer objectivement la nature commerciale des activités d'un apiculteur, en recourant aux définitions juridiques communes d'une activité commerciale et d'une fin commerciale.

[40] Dans son site Web, le Conseil du miel indique que les apiculteurs commerciaux de l'est du Canada et de la Colombie-Britannique possèdent des exploitations de petite à moyenne taille d'environ 50 à 50 000 colonies. M. Gibeau, l'un des représentants demandeurs proposés, a indiqué dans son témoignage qu'une personne doit posséder au moins 50 colonies pour augmenter considérablement son revenu et pour être admissible à la plupart des programmes de filet de sécurité agricole des gouvernements fédéral et provinciaux. M. Gibeau a expliqué que les apiculteurs, lorsqu'ils ont établi le nombre minimal, tentaient de veiller à exclure les amateurs du groupe, parce que leurs intérêts diffèrent de ceux des apiculteurs commerciaux. Par conséquent, les apiculteurs affirment que le minimum de 50 colonies est logique et qu'il n'est ni trop inclusif ni pas assez inclusif.

[41] Je conclus que l'argument avancé par la Couronne fédérale selon lequel le nombre de colonies est un seuil arbitraire n'est pas convaincant. Comme le montrent les apiculteurs, le nombre 50 est lié aux observations du Conseil du miel sur la taille des exploitations apicoles commerciales dans les provinces de l'Est et en Colombie-Britannique et des programmes d'aide gouvernementale qui exigent qu'un apiculteur doive posséder au moins 50 colonies pour être admissible. Les apiculteurs reconnaissent que le fait d'exiger aux apiculteurs de posséder au moins 50 colonies peut empêcher certains apiculteurs commerciaux de prendre part à l'action.

(National Revenue), 2015 FC 707, [2015] 6 C.T.C. 135, at paragraph 56, "[o]ver-inclusion and under-inclusion are not fatal to the certification as long as they are not illogical or arbitrary". In this case, I find that setting the cut-off for the Class at 50 colonies is both logical and non-arbitrary.

[42] Similarly, the Federal Crown's assertion that each beekeeper would have to subjectively assess whether or not they were a "commercial beekeeper" is not reasonable. There exist clear, objective criteria that can be used to determine whether a beekeeper has a commercial operation. The Beekeepers provide examples of cases where a court had to make a determination as to whether an activity was commercial in nature: *Clevite Development Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 296; *McIntosh v. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, 2007 FC 23, 308 F.T.R. 142; and *Université de Sherbrooke v. The Queen*, 2007 TCC 229, [2007] G.S.T.C. 77 (*Sherbrooke*).

[43] *Sherbrooke*, above, in particular, points towards a relevant set of criteria for determining whether an operation is commercial: the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA). In the ETA, a "taxable supply" is defined as "a supply that is made in the course of a commercial activity". "Commercial activity" of a person is defined as follows in subsection 123(1) of the ETA:

> ***commercial activity*** of a person means
>
> **(a)** a business carried on by the person (other than a business carried on without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies by the person,
>
> **(b)** an adventure or concern of the person in the nature of trade (other than an adventure or concern engaged in without a reasonable expectation of profit by

Toutefois, comme Madame la juge Martine St-Louis l'a dit récemment dans la décision *Rae c. Canada (Revenu national)*, 2015 CF 707, au paragraphe 56, « [l]a définition trop large ou trop restreinte n'empêche pas une instance d'être autorisée comme recours collectif, pourvu qu'elle ne soit pas illogique ou arbitraire ». Je conclus qu'en l'espèce, l'établissement du seuil à 50 colonies pour le groupe est à la fois logique et non arbitraire.

[42] De même, il n'est pas raisonnable pour la Couronne fédérale de prétendre que chaque apiculteur devrait déterminer de façon subjective s'il est un « apiculteur commercial » ou pas. Il existe des critères clairs et objectifs qui permettent de déterminer si un apiculteur possède une exploitation commerciale. Les apiculteurs présentent des exemples d'affaires où un tribunal a dû déterminer si une activité était de nature commerciale : *Clevite Development Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C. de l'É. 296; *McIntosh c. Royal & Sun Alliance du Canada*, 2007 CF 23; et *Université de Sherbrooke c. La Reine*, 2007 CCI 229 (*Sherbrooke*).

[43] Dans la décision *Sherbrooke* en particulier, on renvoie à un ensemble de critères pertinents pour déterminer si une exploitation est commerciale : la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (LTA). Aux termes de la LTA, une « fourniture taxable » est définie comme étant une « [f]ourniture effectuée dans le cadre d'une activité commerciale ». L'« activité commerciale » d'une personne est définie ainsi au paragraphe 123(1) de la LTA :

> ***activité commerciale*** Constituent des activités commerciales exercées par une personne :
>
> **a)** l'exploitation d'une entreprise (à l'exception d'une entreprise exploitée sans attente raisonnable de profit par un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où l'entreprise comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;
>
> **b)** les projets à risque et les affaires de caractère commercial (à l'exception de quelque projet ou affaire qu'entreprend, sans attente raisonnable de profit, un

an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the adventure or concern involves the making of exempt supplies by the person, and

(c) the making of a supply (other than an exempt supply) by the person of real property of the person, including anything done by the person in the course of or in connection with the making of the supply; (*activité commerciale*)

particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où le projet ou l'affaire comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;

c) la réalisation de fournitures, sauf des fournitures exonérées, d'immeubles appartenant à la personne, y compris les actes qu'elle accomplit dans le cadre ou à l'occasion des fournitures. (*commercial activity*)

[44] Paragraph (b) of the definition of "commercial activity" states that any adventure or concern in the nature of trade is a commercial activity. The Court is experienced at determining whether an activity is in the nature of trade, or done as part of the normal course of trade. This Court, in particular, regularly evaluates whether certain activities are "ordinary and *bona fide*" commercial and is prepared to set out objective criteria to determine whether a beekeeper's activities are commercial (for example, see the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, section 10).

[44] Selon l'alinéa b) de la définition du terme « activité commerciale », un projet à risque ou une affaire de caractère commercial constitue une activité commerciale. La Cour possède une vaste expérience de la détermination de la nature commerciale d'une activité ou de la poursuite d'une activité dans le cours ordinaire des affaires. La Cour fédérale, en particulier, est souvent appelée à déterminer si certaines activités sont des activités commerciales « ordinaire[s] et authentique[s] » et elle est prête à établir des critères objectifs en vue de déterminer si un apiculteur mène des activités commerciales (par exemple, voir la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, article 10).

[45] The definition of "commercial activity" in the ETA "implicitly recognizes that a business may exist without a reasonable expectation of profit, but it states that a business without a reasonable expectation of profit is not a 'commercial activity'" (*Bowden v. Canada*, 2011 FCA 218, [2011] G.S.T.C. 109 [at paragraph 8]). Mr. Gibeau testified that a beekeeper with around 50 colonies could expect to make between $25 000 and $50 000 annually, from both the sale of honey and pollination services. Therefore, it is appropriate to define a commercial beekeeper as a beekeeper who has a reasonable expectation of making a profit from his or her beekeeping activities.

[45] La définition du terme « activité commerciale » prévue dans la LTA [TRADUCTION] « reconnaît implicitement qu'une entreprise peut être exploitée sans attente raisonnable de profit, tout en indiquant que l'exploitation d'une entreprise sans attente raisonnable de profit ne constitue pas une "activité commerciale" » (*Bowden c. Canada*, 2011 CAF 218 [au paragraphe 8]). Dans son témoignage, M. Gibeau a indiqué qu'un apiculteur qui possède environ 50 colonies pourrait s'attendre à tirer un revenu annuel de 25 000 $ à 50 000 $ de la vente de miel et de services de pollinisation. Il est donc approprié de définir un apiculteur commercial comme un apiculteur qui a un espoir raisonnable de réaliser un profit de ses activités d'apiculture.

[46] Whether a person has a reasonable expectation of profit is an objective determination (*Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 (*Moldowan*), overruled in *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, on a different point of law). The Supreme Court of Canada, in *Moldowan*, above, listed the following as part of a

[46] Le fait qu'une personne ait une attente raisonnable de profit constitue une détermination objective (*Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480 (*Moldowan*), infirmé dans l'arrêt *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, sur un point de droit différent). La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt

non-exhaustive list of factors that should be considered when determining whether there is a reasonable expectation of profits: the profit and loss experience in past years, the taxpayer's training, the taxpayer's intended course of action, and the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital loss allowance.

[47] As noted above, the Beekeepers have deliberately designed a class definition that excludes hobbyist beekeepers. Therefore, limiting the class to beekeepers who reasonably expect to make profits from their beekeeping activities is logical, and is neither over- nor under-inclusive. Therefore, I find that it is appropriate to define "commercial beekeeper" for the purpose of the Action as a beekeeper who has made commercial sales in the ordinary course of business. The Class definition—all persons in Canada who keep or have kept more than 50 bee colonies at a time for commercial purpose since December 31, 2006—is objective and independent of the merits of the Action.

(3) Is there a rational connection to the common issues?

[48] The Beekeepers argue that the Class as defined is rationally connected to the common issues. The time limit relates to the claim that the Federal Crown acted negligently or took abusive administrative action after HIPR 2004 expired. The commerciality requirement relates to the duty of care the Federal Crown owes to the commercial beekeepers, based on its knowledge that the beekeepers were being asked to sacrifice their near-term economic well-being for the long-term good of the industry. The commerciality requirement is also connected to the Federal Crown's representations that they would continuously monitor and assess how the imports would affect the Canadian honeybee industry, and the damages that the Beekeepers and other members of the Class suffered because of lack of access to American "packages".

Moldowan, précité, a énuméré les facteurs suivants dans une liste exhaustive de facteurs à prendre en considération en vue de déterminer s'il y a attente raisonnable de profits : l'état des profits et des pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable, la voie sur laquelle le contribuable entend s'engager et la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital.

[47] Comme il est indiqué ci-dessus, les apiculteurs ont délibérément désigné une définition de groupe qui excluait les apiculteurs amateurs. Par conséquent, le fait de limiter le groupe aux apiculteurs ayant une attente raisonnable de réaliser des profits dans le cadre de leurs activités apicoles est logique et n'est ni trop inclusif ni pas assez inclusif. Par conséquent, je conclus qu'il est approprié de définir le terme « apiculteur commercial » aux fins de l'action comme étant un apiculteur qui a réalisé des ventes commerciales dans le cours normal de ses affaires. La définition du groupe — toutes les personnes au Canada qui maintiennent ou qui ont maintenu plus de 50 colonies d'abeilles à un moment donné à des fins commerciales depuis le 31 décembre 2006 — est objective et indépendante par rapport au fond de l'action.

3) Existe-t-il un lien rationnel entre les questions communes?

[48] Les apiculteurs soutiennent que le groupe tel qu'il est défini a un lien rationnel avec les questions communes. Le délai est lié à l'allégation selon laquelle la Couronne fédérale a agi avec négligence ou a pris des mesures administratives abusives après l'expiration du RIAD de 2004. Les exigences relatives au caractère commercial sont liées à l'obligation de diligence de la Couronne fédérale à l'égard des apiculteurs commerciaux, consciente qu'on demandait aux apiculteurs de sacrifier leur bien-être économique à court terme au profit du bien de l'industrie à long terme. L'exigence relative au caractère commercial est aussi liée aux allégations de la Couronne fédérale selon lesquelles elle surveillerait et évaluerait continuellement l'incidence des importations sur l'industrie apicole canadienne et les dommages soufferts par les apiculteurs et les autres membres du groupe à couse du manque d'accès aux « paquets ».

[49] Regarding damages, the Beekeepers acknowledge that not every Class member may be able to recover damages. They state that the case is similar to *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321 (*Markson*), a case where the Ontario Court of Appeal certified a class consisting of all holders of a specific type of credit card, even though the card holders who could ultimately recover damages were only a small fraction of the class. In *Markson*, above, all of the class members could have been affected by the policies of MBNA Canada Bank; however, only a few had actually paid the criminal interest rates. In the Action, all Class members could have been affected by the *de facto* prohibition. I agree with the Beekeepers that there is a rational connection between the common issues and the Class.

(4) Is there conflict within the Class?

[50] Finally, based on the nature of the pleadings and relief sought by the Beekeepers, I am not persuaded that there is a clear conflict within the Class, such that some members neither have a claim nor are connected to the common issues. Similarly, I do not agree with the Federal Crown that the relief sought would be detrimental to any member of the Class.

[51] The Supreme Court of Canada in *Hollick*, at paragraph 21, stated that "[t]he representative need not show that everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue" [emphasis in original]. It is possible that some of the Class members will not gain significant monetary benefits from the resolution of the common issues, should the Beekeepers succeed in the Action, because their business practices never depended on imports from the United States. However, the Federal Crown's assertion that they either have no claim or would be negatively impacted by the resolution of the common issues in the Beekeepers' favour mischaracterizes the nature of the pleadings.

[49] En ce qui concerne les dommages, les apiculteurs reconnaissent que ce ne sont pas tous les membres du groupe qui obtiendront réparation. Ils indiquent que l'affaire est semblable à celle dans l'arrêt *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321 (*Markson*), où la Cour d'appel de l'Ontario a autorisé un groupe formé de l'ensemble des détenteurs d'une carte de crédit particulière, même si ceux qui pouvaient ultimement obtenir réparation ne représentaient qu'une petite partie du groupe. Dans l'arrêt *Markson*, précité, tous les membres du groupe auraient pu être touchés par les politiques de la Banque MBNA Canada; toutefois, seuls quelques-uns avaient effectivement payé les taux d'intérêt criminels. Dans l'action, tous les membres du groupe auraient pu être touchés par l'interdiction de fait. Je souscris à l'opinion des apiculteurs selon laquelle il existe un lien rationnel entre les questions communs et le groupe.

4) Existe-t-il un conflit dans le groupe?

[50] Finalement, en raison de la nature des actes de procédure et de la réparation demandée par les apiculteurs, je ne suis pas convaincu qu'il existe un conflit évident dans le groupe, de sorte que certains membres n'ont aucune réclamation ou ne sont pas liés aux questions communes. De même, je ne souscris pas à l'opinion de la Couronne fédérale selon laquelle la réparation demandée serait préjudiciable à l'égard des membres du groupe.

[51] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Hollick*, au paragraphe 21, a affirmé que « [l]e représentant n'est pas tenu de montrer que tous les membres du groupe partagent le même intérêt dans le règlement de la question commune énoncée » [souligné dans l'original]. Si les apiculteurs obtiennent gain de cause, il se peut que le règlement des questions communes ne génère pas d'avantages pécuniaires considérables pour certains membres du groupe, parce que leurs pratiques commerciales n'ont jamais dépendu des importations en provenance des États-Unis. Toutefois, la prétention de la Couronne fédérale selon laquelle ils n'ont aucune réclamation ou le règlement des questions communes en faveur des apiculteurs aurait des conséquences négatives sur eux qualifie erronément la nature des actes de procédure.

[52] The Beekeepers assert that the Federal Crown negligently denied commercial beekeepers the opportunity to import "packages", and/or took abusive administrative action. The core of these two related causes of action, as described by Mr. Justice Stratas, in *Paradis Honey FCA*, is that the government behaved such that they did not fulfil a clear and specific duty to act. Regarding the potential new tort of abusive administrative action, he explains (at paragraph 145):

> ... courts have awarded monetary relief against public authorities where ... using the language of public law, the failure to act was unacceptable or indefensible in the administrative law sense and there are circumstances of specific undertakings, specific reliance or known vulnerability of specific persons that trigger or underscore an affirmative duty to act.... [Citations omitted.]

[53] Applying his legal analysis to the facts Mr. Justice Stratas continues (at paragraph 148):

> .... Taking the allegations in the claim as proven, Canada's officials took it upon themselves to create and enforce an unauthorized, scientifically unsupported blanket policy preventing the beekeepers from exercising their legal right to apply for importation permits on a case-by-case basis under section 160 of the *Health of Animals Regulations*, above. This gives rise to a number of grounds for finding unacceptability and indefensibility: see paragraph 85 of my reasons, above.

[54] Paragraph 85 of *Paradis Honey FCA* lists four potential grounds for finding unacceptability and indefensibility:

- The guideline ... should have been passed as a regulation....
- The guideline ... conflicts with the law on the books....
- The guideline is unreasonable ..., as it is not supported by any scientific evidence of a risk of harm due to importation....

[52] Les apiculteurs soutiennent que la Couronne fédérale a négligemment refusé aux apiculteurs commerciaux la possibilité d'importer des « paquets » ou a pris des mesures administratives abusives. Ces deux causes d'actions, comme le décrit Monsieur le juge Stratas dans l'arrêt *Paradis Honey CAF*, portent en essence sur le fait que le gouvernement a agi de sorte qu'il ne s'est pas acquitté d'un devoir d'agir clair et évident. En ce qui concerne le nouveau tort potentiel des mesures administratives abusives, il explique (au paragraphe 145) :

> [...] [La jurisprudence] a accordé une réparation pécuniaire à l'encontre d'autorités publiques qui, [...] pour utiliser le langage du droit public, que leur défaut d'agir était inacceptable ou ne pouvait se justifier en droit administratif et que l'on était en présence de cas où il y avait des engagements précis, une confiance particulière ou où il était manifestement connu que des personnes étaient vulnérables, ce qui fait jouer ou souligne un devoir positif d'agir [...] [Les références ne sont pas reproduites.]

[53] Dans l'application de son analyse juridique aux faits, Monsieur le juge Stratas poursuit (au paragraphe 148) :

> [...] Tenant les allégations énoncées dans la déclaration pour avérées, des représentants du gouvernement du Canada ont pris l'initiative d'élaborer et d'appliquer une politique générale non autorisée et non scientifiquement étayée qui empêche les apiculteurs d'exercer leur droit reconnu par la loi de demander des permis d'importation au cas par cas conformément à l'article 160 du *Règlement sur la santé des animaux*, précité. Cette démarche prête flanc à un certain nombre de motifs justifiant de conclure au caractère inacceptable et indéfendable (voir le paragraphe 85 de mes motifs, ci-dessus).

[54] Au paragraphe 85 de l'arrêt *Paradis Honey CAF*, on énumère quatre motifs possibles justifiant de conclure au caractère inacceptable et indéfendable :

- Les lignes directrices équivalent à un règlement qui aurait dû être pris à titre de règlement [...]
- Les lignes directrices [...] sont donc en conflit avec le droit écrit [...]
- Les lignes directrices sont déraisonnables [...], car elles ne sont pas fondées sur des preuves scientifiques de risque de préjudice attribuable à l'importation [...]

- A faction of commercial beekeepers ... captured the bureaucracy ...; thus, the guideline was enacted for an improper purpose....

[55] The Beekeepers' claims are that the Federal Crown acted negligently or abusively through use of guidelines that were not supported by scientific assessments and regulations, not that the Federal Crown made any particular decision regarding imports.

[56] The Federal Crown argues that some of the commercial beekeepers "clearly do not have a claim for relief based upon the allegations in the Amended claim (sic)... and should not be a part of the class". However, the issue of whether the Federal Crown acted or failed to act improperly affects all commercial beekeepers in Canada, because each beekeeper has an interest in the government enacting policies legally, and based on scientific evidence. The Beekeepers have asked for relief in the form of damages based on the Federal Crown's conduct, rather than relief tied to the individual circumstances of each Class member. What form the damages take (e.g., aggregate, sub-class, or individual), and how each Class member's loss is to be quantified are issues that will need to be resolved, but are not determinative of the overriding common interest of all commercial beekeepers to have lawful Federal regulation of the importation of bee "packages" into Canada.

[57] The Beekeepers have admitted that there is a Faction within the Honey Council that is opposed to reopening the border to "packages" from the United States. I agree that this is not fatal to their certification as a class, because resolution of the common issues would not negatively impact any beekeepers who are members of the Faction. A successful outcome for the Beekeepers on the merits of the Action would not adversely affect any member of the Class, because it does not follow that the United States border would be opened to "packages". I also agree with the Beekeepers that it is ridiculous to

- Une faction d'apiculteurs commerciaux [...] [a] amené des bureaucrates à élaborer les lignes directrices; celles-ci ont donc été adoptées pour une fin inappropriée [...]

[55] Les apiculteurs allèguent que la Couronne fédérale a agi de manière négligente ou abusive en recourant à des lignes directrices qui n'étaient pas étayées par des évaluations et des règlements scientifiques, et pas que la Couronne fédérale a pris une décision particulière sur les importations.

[56] La Couronne fédérale fait valoir que certains des apiculteurs commerciaux [TRADUCTION] « n'ont clairement aucun droit à réparation, en fonction des allégations présentées dans la déclaration modifiée (sic) [...] et ne devraient pas faire partie du groupe ». Toutefois, la question visant à déterminer si la Couronne fédérale a agi de façon inappropriée ou n'a pas touché l'ensemble des apiculteurs commerciaux au Canada, puisque chacun d'entre eux a un intérêt à ce que le gouvernement édicte des politiques en toute légalité et en fonction de preuves scientifiques. Les apiculteurs ont aussi demandé à obtenir réparation sous la forme de dommages-intérêts en raison de la conduite de la Couronne fédérale, plutôt qu'une réparation liée aux circonstances propres à chacun des membres du groupe. Il faudra trancher les questions de la forme des dommages-intérêts (p. ex., regroupés, par sous-catégorie ou individuels) et de la façon de quantifier les pertes subies par chacun des membres; elles n'ont toutefois aucun effet déterminant sur l'intérêt commun prépondérant de tous les apiculteurs commerciaux d'avoir des règlements fédéraux légitimes sur l'importation de « paquets » d'abeilles au Canada.

[57] Les apiculteurs ont avoué qu'une faction du Conseil du miel s'oppose à la réouverture de la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis. Je souscris à leur opinion selon laquelle cette dissension n'est pas fatale à leur autorisation en tant que groupe, parce que le règlement des questions communes n'aurait aucune incidence négative sur les apiculteurs membres de la faction. Un résultat positif pour les apiculteurs sur le bien-fondé de l'action n'aurait aucune incidence négative sur les membres du groupe, puisqu'il ne s'en suivrait pas que la frontière avec les États-Unis serait

suggest that the Faction's conflict with the Beekeepers is in effect to maintain an unlawful prohibition on importation of "packages".

[58] The results of the Action would not be contentious, because the relief requested does not harm any member of the Class. A decision by the Federal Crown, following a proper review of the current state of honeybee health in Canada and the United States, to open the border to imports would not be sufficiently connected to the Action for the results of the Action to have harmed any Class member.

[59] Should a court find that the Federal Crown acted negligently or by abusive administrative action, the Federal Crown would not be prohibited from subsequently reassessing the risks of "package" imports and enacting regulations preventing imports, if they find, using current scientific evidence, that the border should remain closed. No beekeeper is adversely impacted by another beekeeper being compensated for harm suffered, if found to be the case.

[60] Finally, the five cases relied upon by the Federal Crown are distinguishable. *Nixon* and *Paron*, which consider impermissible conflict within the class, are discussed in detail below.

(a) *Nixon v. Canada (Attorney General)*

[61] *Nixon* is a class certification case involving a fire at Kingston Penitentiary, in which a number of inmates set fire to items in their individual cells and threw the flaming objects into an open area. The proposed class definition was "all inmates on 'Range A' of the Kingston Penitentiary on October 31, 1999" [at paragraph 2]. The motion Judge dismissed the motion for two reasons: (1) the class could not be defined because the class definition encompassed inmates who would

ouverte aux « paquets ». Je souscris aussi à l'opinion des apiculteurs selon laquelle il est ridicule de sous-entendre que le conflit entre la faction et les apiculteurs a lieu afin de maintenir une interdiction illégale de l'importation de « paquets ».

[58] Les résultats de l'action ne seraient pas litigieux, parce que la réparation demandée ne porte préjudice à aucun membre du groupe. Une décision de la Couronne fédérale, à la suite d'un examen adéquat de l'état actuel de santé des abeilles domestiques au Canada et aux États-Unis, d'ouvrir la frontière aux importations ne serait pas suffisamment liée à l'action pour que les résultats de l'action aient causé préjudice à n'importe quel membre du groupe.

[59] Si un tribunal devait conclure que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou a pris des mesures administratives abusives, il ne serait pas interdit à la Couronne fédérale de réévaluer par la suite les risques liés aux importations de « paquets » et d'édicter des règlements visant à interdire les importations, si elle conclut, à la lumière de preuves scientifiques, que la frontière devrait demeurer fermée. Aucun apiculteur ne subit de conséquences négatives du fait qu'un autre apiculteur obtient réparation pour des préjudices subis, s'il s'avère en être le cas.

[60] Finalement, les cinq affaires sur lesquelles la Couronne fédérale se fonde sont différentes. Les décisions *Nixon* et *Paron*, qui portent sur un conflit interdit dans le groupe, sont abordées de façon détaillée ci-dessous.

a) *Nixon v. Canada (Attorney General)*

[61] La décision *Nixon* porte sur une affaire d'autorisation de groupe en lien avec un incendie au pénitencier de Kingston, au cours duquel un certain nombre de détenus ont mis le feu à des articles dans leur cellule et lancé les objets enflammés dans une aire ouverte. La définition proposée pour le groupe était la suivante : [TRADUCTION] « tous les détenus de la "rangée A" du pénitencier de Kingston le 31 octobre 1999 » [au paragraphe 2]. Le juge saisi de la requête l'a refusée pour les deux motifs

not be a part of the class, and (2) the representative plaintiff was inappropriate.

[62] In finding that the class could not be defined, the motion Judge stated that the class definition encompassed some class members who would not be a part of the class. Although all of the inmates were affected by the fires, the individuals responsible for setting the fires were prevented from recovery by reason of their wrongdoing and possibly liable in damages to the other inmates. The identity of these individuals was not known. Therefore, the proposed class could not be determined, without a preliminary finding on the merits.

[63] In this case, although the Beekeepers acknowledge that the interests of some potential Class members are being served by the current guidelines, and some have even lobbied for the border to remain closed, there is no evidence or allegations that certain members of the Class were actually responsible for the Federal Crown's negligent or abusive actions.

(b) *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*

[64] *Paron* is a class action certification case involving approximately 600 cottage owners on the shores of Wabamun Lake. The representative plaintiff alleged that TransAlta Utilities Corporation's Lakeshore electrical generating plant had affected, among other things, the level of the lake. The representative plaintiff was seeking damages, an injunction against TransAlta, and an order requiring Alberta to raise the lake level 18 inches. The proposed class [at paragraph 6] included "all Alberta residents who claimed that, between 1996 and 2005, they owned residential lands contiguous to Wabamun Lake and that their use and enjoyment of the lands were adversely affected...."

qui suivent : 1) il était impossible de définir le groupe, parce que la définition englobait des détenues qui ne feraient pas partie du groupe et 2) le représentant demandeur n'était pas approprié.

[62] En concluant qu'il était impossible de définir le groupe, le juge saisi de la requête a affirmé que la définition du groupe comprenait certains membres qui n'en feraient pas partie. Même si tous les détenus avaient été touchés par les incendies, on a interdit aux personnes responsables de les avoir déclenchés d'avoir droit au recouvrement en raison de leur inconduite et on les a possiblement tenus responsables des dommages subis par les autres détenus. On ignorait l'identité de ces personnes. Il s'avérait donc impossible de déterminer le groupe proposé sans une conclusion préliminaire sur le bien-fondé.

[63] En l'espèce, même si les apiculteurs reconnaissent que les lignes directrices servent les intérêts de certains membres potentiels du groupe, dont quelques-uns ont même exercé des pressions pour que la frontière demeure fermée, il n'y a aucune preuve et aucune allégation selon laquelle certains membres du groupe étaient en fait responsable de la négligence de la Couronne fédérale ou des mesures abusives qu'elle avait prises.

b) *Paron v. Alberta (Environmental Protection)*

[64] La décision *Paron* porte sur une affaire d'autorisation de recours collectifs impliquant environ 600 propriétaires de chalet sur les rives sur lac Wabamun. Le représentant demandeur avait allégué que l'usine de génération d'électricité de TransAlta Utilities Corporation située sur la rive du lac avait eu une incidence sur le niveau du lac, entre autres. Le représentant demandeur demandait des dommages-intérêts, une injonction à l'égard de TransAlta et une ordonnance exigeant à la province de l'Alberta d'augmenter le niveau du lac de 18 pouces. Le groupe proposé comprenait [TRADUCTION] « tous les résidents de l'Alberta qui ont allégué avoir été propriétaires de terres résidentielles adjacentes au lac Wabamun entre 1996 et 2005 et qui affirment que leur utilisation et leur jouissance des terres en ont souffert [...] » [au paragraphe 6].

[65] The motion Judge found that the class definition was subjective because it included only residents who claimed that their enjoyment and use of their land was adversely affected. Further, not all of the class members would benefit from the lake waters being raised. In fact, some of the proposed class members would have their cottages and lands flooded.

[66] In the current motion, neither the original nor the amended Class definition suffers from the defect of subjectivity and a successful outcome would not result in a loss for any of the Class members. The Beekeepers have not framed the Action in a manner such that a successful outcome will effect a definite change in Canada's stance towards the import of honeybees from the United States. Additionally, it makes little sense to argue that ensuring that the Federal Crown exercises its administrative power appropriately harms any of the Class members.

(5) Conclusion

[67] Therefore, I find that the proposed amended Class definition is based upon objective criteria, without reference to the merits, and there is sufficient evidence to show that the common issues are rationally connected to the Class definition.

C. *Do the claims of the proposed class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members?*

[68] In *WCSC*, the Supreme Court of Canada set out the following test for determining the existence of a common issue (at paragraph 39):

> .... The underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be "common" only where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party. Nor is it necessary that common

[65] Le juge saisi de la requête a conclu que la définition du groupe était subjective, parce qu'elle comprenait uniquement les résidents qui alléguaient que leur jouissance et leur utilisation de leur terre en avaient souffert. Qui plus est, ce ne sont pas tous les membres du groupe qui profiteraient de l'augmentation du niveau d'eau du lac. En fait, certains des membres du groupe proposé auraient vu leur chalet et leur terre être inondés.

[66] Dans la requête présentée en l'espèce, ni la définition originale du groupe ni la définition modifiée ne souffrent pas de subjectivité et un résultat positif ne ferait subir de pertes à aucun membre du groupe. Les apiculteurs n'ont pas éliminé l'action de sorte qu'un résultat positif instaurera un changement défini dans la position du Canada sur l'importation d'abeilles domestiques en provenance des États-Unis. En outre, il n'est pas logique d'alléguer que le fait de garantir que la Couronne fédérale exerce son pouvoir administratif de manière appropriée porte préjudice à l'un des membres du groupe.

5) Conclusion

[67] Je conclus donc que la définition modifiée proposée pour le groupe se fonde sur des critères objectifs, qui ne se réfèrent pas au fond et que des preuves suffisantes indiquent que les questions communes ont un lien rationnel avec la définition du groupe.

C. *Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre?*

[68] Dans l'arrêt *WCSC*, la Cour suprême du Canada a établi le critère qui suit pour déterminer l'existence d'une question commune (au paragraphe 39) :

> [...] La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique

issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member's claim. However, the class members' claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues.

[69] These comments were repeated by Mr. Justice Rothstein, in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (*Pro-Sys*), at paragraph 108, where he highlighted that the commonality question was to be approached purposively.

[70] The Beekeepers propose nine common issues:

1. Whether any or all of the defendants owed the proposed Class a duty of care to not be negligent in the maintenance or enforcement of the *de facto* prohibition.

2. Whether any or all of the defendants breached the requisite standard of care.

3. Whether or not recoverable loss or damages ensued as a result.

4. What is the proper measure of damages, including:

   a. whether or not aggregate damages are available, and, if so, on what basis and in what amount;

   b. what are the appropriate criteria for the distribution of the aggregate damages among the members of the proposed Class;

   c. alternatively, if individual damages are to be awarded, what is the framework or formula for the calculation of such damages?

par rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles.

[69] Monsieur le juge Rothstein a repris ces commentaires dans l'arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (*Pro-Sys*), au paragraphe 108, où il a souligné qu'il fallait aborder la question du caractère commun en fonction de l'objet.

[70] Les apiculteurs proposent neuf questions communes :

1. L'un des défendeurs ou chacun d'eux ont-ils un devoir de diligence à l'égard du groupe proposé de ne pas agir avec négligence dans le maintien ou l'exécution de l'interdiction de fait?

2. L'un des défendeurs ou chacun d'eux ont-ils enfreint la norme de soin requise?

3. Des pertes ou des dommages-intérêts irrécupérables ont-ils été subis en conséquence?

4. À quoi correspond le montant approprié des dommages-intérêts, y compris :

   a. si le total des dommages-intérêts est offert ou pas et, le cas échéant, quels en sont le fondement et le montant;

   b. quels sont les critères appropriés pour répartir le total des dommages-intérêt entre les membres du groupe proposé;

   c. autrement, si des dommages-intérêts individuels doivent être adjugés, quel est le cadre ou quelle est la formule qui permet de les calculer?

5. Whether or not the cause of action arises "otherwise than in a province" pursuant to subsection 39(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, such that the applicable limitation period is six years from the time the cause of action arose.

6. Whether sections 3, 8, or 10 of the *Crown Liability and Proceedings Act* grant any or all of the defendants statutory immunity or otherwise limit the defendants' liability.

7. Whether the defendants' acts or omissions as alleged in the Action fall within Crown sovereignty or the Crown prerogative such that no liability may attach to the defendants.

8. Whether the defendants' acts or omissions constitute abusive administrative action for which the defendants should be liable for damages.

9. If the defendants' acts or omissions constitute abusive administrative action for which the defendants should be liable for damages, what is the proper measure of damages, including:

   a. whether or not aggregate damages are available and, if so, on what basis and in what amount;

   b. what are the appropriate criteria for the distribution of aggregate damages among the members of the proposed Class;

   c. alternatively, if individual damages are to be awarded, what is the framework or formula for the calculation of such damages?

[71] The Federal Crown argues that there are no common questions of law or fact, because of the conflict among Class members. They assert that not all proposed

5. La cause d'action survient-elle autrement que « dans une province », conformément au paragraphe 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, de sorte que le délai de prescription applicable correspond à six ans à partir du moment où la cause d'action est survenue?

6. Les articles 3, 8 ou 10 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* accordent-ils à l'un des défendeurs ou à chacun d'eux une immunité réglementaire ou limitent-ils autrement la responsabilité civile des défendeurs?

7. Les gestes posés par les défendeurs ou leurs omissions, tel qu'il l'est allégué dans l'action, relèvent-il de la souveraineté et de la prérogative de la Couronne, de sorte que les défendeurs n'ont aucune responsabilité civile?

8. Les gestes posés par les défendeurs ou leurs omissions constituent-ils des mesures administratives abusives, pour lesquelles ils devraient être responsables des dommages-intérêts exigés?

9. Si les gestes posés par les défendeurs ou leurs omissions constituent des mesures administratives abusives, pour lesquelles ils devraient être responsables des dommages-intérêts exigés, à quoi correspond le montant approprié des dommages-intérêts, y compris :

   a. si le total des dommages-intérêts est offert ou pas et, le cas échéant, quels en sont le fondement et le montant;

   b. quels sont les critères appropriés pour répartir le total des dommages-intérêt entre les membres du groupe proposé;

   c. autrement, si des dommages-intérêts individuels doivent être adjugés, quel est le cadre ou quelle est la formule qui permet de les calculer?

[71] La Couronne fédérale fait valoir qu'il n'y a aucune question commune de droit ou de fait en raison du conflit entre les membres du groupe. Elle prétend que les

Class members will benefit from the successful prosecution of the Action, making this situation inappropriate for a class certification.

[72] The Federal Crown submits that the conflict between the Faction and the Beekeepers shows that the issues of whether the Minister's decision to deny imports fell below a standard of care, or was indefensible, are not common questions among the proposed Class. It states that there is no evidence to show that all of the commercial beekeepers who would be in the Class share the allegations that the Minister has instituted a *de facto* prohibition. Further, the Federal Crown argues that it cannot be a common issue that the Minister has a duty to the Beekeepers to act in a manner that prevents their economic losses, because the logical corollary is that the Minister owes a similar duty to the Faction to protect them from economic loss associated with unacceptable risk of pests and diseases.

[73] The Federal Crown also objects to the characterization of causation as a common issue. It states that the assessment of the cause of the loss of the opportunity to import for each individual commercial beekeeper is too complex to deal with as a class, and would instead require individual trials. These trials would be necessary to assess each Class member's individual circumstances, and whether and in what manner each pursued the opportunity to import. Additionally, the manner in which each Class member managed wintering, pests, and disease risk would have to be evaluated individually, so that it could be determined whether the import prohibition actually caused any damage to the business.

[74] Finally, the Federal Crown argues that there is no common claim for relief, because the injury is not shared by all Class members. It contends that the Beekeepers have framed the issues of commonality in an impermissibly broad manner, in order to create the Class (*Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184 at paragraph 29), and ignored the fact that there are Class members who consider that there was no opportunity

membres du groupe proposé ne profiteront pas tous de la poursuite réussie de l'action, ce qui rend la situation inappropriée pour une autorisation de groupe.

[72] La Couronne fédérale fait valoir que le conflit entre la faction et les apiculteurs montre que les questions visant à déterminer si la décision du ministre de refuser les importations ne respectait pas une norme de soin ou qu'elle était indéfendable ne sont pas des questions communes dans le groupe proposé. Elle indique qu'aucune preuve ne montre que tous les apiculteurs commerciaux qui feraient partie du groupe allèguent que le ministre a instauré une interdiction de fait. Qui plus est, la Couronne fédérale fait valoir que l'obligation du ministre à l'égard des apiculteurs d'agir de manière à empêcher qu'ils subissent des pertes économiques ne peut pas être une question commune. En effet, selon le corollaire logique, le ministre a une obligation semblable à l'égard de la faction afin de la protéger des pertes économiques liées au risque inacceptable que posent les parasites et les maladies.

[73] La Couronne fédérale s'oppose aussi à la qualification de la causalité comme une question commune. Elle affirme que l'évaluation de la cause de la perte de possibilité d'importer pour chaque apiculteur commercial en particulier est trop complexe pour être tranchée dans un groupe; il faudrait plutôt tenir des instances individuelles. Ces instances seraient nécessaires pour évaluer les circonstances individuelles de chacun des membres du groupe et déterminer si chacun a saisi la possibilité d'importer et de quelle manière il l'a saisie. Il faudrait aussi évaluer individuellement la manière dont chacun des membres du groupe a géré les risques liés à l'hivernage, aux parasites, aux maladies, afin de déterminer si l'interdiction d'importation a effectivement causé des dommages à l'entreprise.

[74] Finalement, la Couronne fédérale fait valoir qu'il n'a aucun droit à réparation, parce que tous les membres du groupe n'ont pas subi la blessure. Elle prétend que la formulation des questions liées au caractère commun par les apiculteurs est d'une imprécision inacceptable pour créer le groupe (*Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, au paragraphe 29), et que les apiculteurs ont ignoré le fait que des membres

lost and would not benefit from the successful prosecution of the Action. At the hearing, the Federal Crown suggested an appropriate alternative proceeding would be to allow a test case to proceed, with individual cases following if the Beekeepers were successful in the test case.

(1) Do common issues exist?

[75] I find that there are issues in common, such that allowing the action to proceed as a class action will avoid duplication of fact-finding and legal analysis, as well as a multiplicity of individual actions based on the same issues.

[76] Paragraph 334.16(1)(c) [of the *Federal Courts Rules*] requires the Court to determine whether the claims of the class members raise common questions of law or fact, and whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members.

[77] In *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, at paragraph 46, the Supreme Court of Canada stated that:

> [*WCSC*] and *Rumley* therefore establish the principle that a question will be considered common if it can serve to advance the resolution of every class member's claim. As a result the common question may require nuanced and varied answers based on the situations of individual members. The commonality requirement does not mean that an identical answer is necessary for all the members of the class, or even that the answer must benefit each of them to the same extent. It is enough that the answer to the question does not give rise to conflicting interests among the members.

[78] In this case, the two causes of action pleaded by the Beekeepers (issues 1 to 3, and 8), and the two defenses asserted by the Federal Crown (issues 6 and 7) are common issues that predominate over any questions that would affect individual commercial beekeepers. Any negligent or improper regulatory actions taken by

du groupe croient qu'aucune possibilité n'a été perdue et qu'ils ne profiteraient pas de la poursuite réussie de l'action. À l'audience, la Couronne fédérale a suggéré qu'une autre procédure appropriée serait de permettre l'instruction d'un cas type, suivie de cas individuels si les apiculteurs obtenaient gain de cause dans cette cause type.

1) Existe-t-il des questions communes?

[75] Je conclus à l'existence de questions communes; ainsi, en permettant d'intenter l'action en tant que recours collectif, on évitera le dédoublement de la recherche de faits et de l'analyse juridique, ainsi que la multiplicité d'actions individuelles fondées sur les mêmes questions.

[76] Selon l'alinéa 334.16(1)c) des Règles, la Cour doit déterminer si les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre.

[77] Dans l'arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 46, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit :

> Les arrêts [*WCSC*] et *Rumley* établissent donc le principe selon lequel une question sera considérée comme commune si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe. En conséquence, la question commune peut exiger des réponses nuancées et diverses selon la situation de chaque membre. Le critère de la communauté de questions n'exige pas une réponse identique pour tous les membres du groupe, ni même que la réponse bénéficie dans la même mesure à chacun d'entre eux. Il suffit que la réponse à la question ne crée pas de conflits d'intérêts entre les membres du groupe.

[78] En l'espèce, les deux causes d'action invoquées par les apiculteurs (les questions 1 à 3 et 8) et les deux défenses affirmées par la Couronne fédérale (questions 6 et 7) sont des questions communes qui prédominent sur toute question qui viserait des apiculteurs commerciaux individuels. Les mesures négligentes

the Federal Crown will have affected the industry as a whole and are, therefore, common issues.

[79] Mr. Paradis' evidence was that the Federal Crown's interactions with commercial beekeepers were industry wide, both before and after 2006, and that the national policy to refuse applications was widely disseminated and communicated. Mr. Justice Stratas' framing of the allegations made by the Beekeepers regarding the guideline clearly shows that a determination of the issues relating to the Federal Crown's behaviour would not depend on the actions or views of individual Class members, and would materially advance the resolution of each individual's claim (*Paradis Honey FCA*, at paragraph 85):

- The guideline is tantamount to a regulation that should have been passed as a regulation....
- The guideline imposes an absolute prohibition against importation and, thus, conflicts with the law on the books, section 160 of the *Health of Animals Regulations*....
- The guideline is unreasonable within the meaning of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, as it is not supported by any scientific evidence of a risk of harm due to importation. The last risk assessment was several years out of date.
- A faction of commercial beekeepers, acting for their own financial advantage, captured the bureaucracy and induced it to make the guideline; thus, the guideline was enacted for an improper purpose.... [Citations omitted.]

[80] This framing of the issues suggests that the negligent act is not an act or omission directed towards a commercial beekeeper as an individual, rather it is negligence towards the industry, stemming from a failure to follow the import regulations that were in place after the expiry of HIPR 2004. Similarly, the cause of action for the novel tort of abusive administrative action focuses on the Federal Crown's conduct (at paragraph 144):

ou réglementaires inadéquates prises par la Couronne fédérale auront touché l'industrie dans son ensemble et elles constitueront donc des questions communes.

[79] M. Paradis a présenté en tant que preuve que les interactions entre la Couronne fédérale et les apiculteurs commerciaux visaient l'ensemble de l'industrie, avant et après 2006, et que la politique nationale de refuser les demandes a été diffusée et communiquée à grande échelle. Dans sa formulation des allégations présentées par les apiculteurs au sujet de la ligne directrice indique, Monsieur le juge Stratas indique clairement que les décisions rendues sur les questions portant sur le comportement de la Couronne fédérale ne dépendraient pas des gestes ou des opinions de membres individuels du groupe et feraient progresser le règlement de l'allégation de chaque personne (*Paradis Honey CAF*, au paragraphe 85) :

- Les lignes directrices équivalent à un règlement qui aurait dû être pris à titre de règlement [...]
- Les lignes directrices imposent une interdiction absolue d'importer et sont donc en conflit avec le droit écrit, soit l'article 160 du *Règlement sur la santé des animaux* [...]
- Les lignes directrices sont déraisonnables au sens de la jurisprudence *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, car elles ne sont pas fondées sur des preuves scientifiques de risque de préjudice attribuable à l'importation. La dernière évaluation du risque est désuète depuis plusieurs années.
- Une faction d'apiculteurs commerciaux, qui agissent pour leur propre profit financier, ont amené des bureaucrates à élaborer les lignes directrices; celles-ci ont donc été adoptées pour une fin inappropriée [...] [Les références ne sont pas reproduites.]

[80] Cette formulation des questions sous-entend que l'acte négligent ne constitue pas un acte ou une omission à l'égard d'un apiculteur commercial particulier, mais plutôt à l'égard de l'industrie, attribuable au défaut de respecter les règlements applicables à l'importation en place après l'expiration du RIAD de 2004. De même, la cause d'action pour le nouveau tort potentiel des mesures administratives abusives se concentre sur la conduite de la Couronne fédérale (au paragraphe 144) :

As well, the quality of the public authority's conduct must be considered. This is because orders for monetary relief are mandatory orders against public authorities requiring them to compensate plaintiffs. And in public law, mandatory orders can be made against public authorities only to fulfil a clear duty, redress significant maladministration, or vindicate public law values.... [Citations omitted.]

En outre, il faut prendre en compte la qualité de la conduite de l'autorité publique parce que les ordonnances de sanction pécuniaire sont des ordonnances obligatoires enjoignant aux autorités publiques de dédommager les demandeurs. Et en droit public, il n'est possible de rendre des ordonnances impératives contre des autorités publiques que pour s'acquitter d'un devoir clair, corriger un vice administratif important, ou défendre des valeurs de droit public [...] [Les références ne sont pas reproduites.]

[81] Applying this framework to the Action, Mr. Justice Stratas found (at paragraph 148):

.... As alleged, Canada's conduct [i.e., creating and enforcing an unauthorized, scientifically unsupported policy preventing the beekeepers from exercising their legal right to apply for importation permits on a case-by-case basis] has a flavour of maladministration associated with it, something that can prompt an exercise of discretion in favour of monetary relief. The additional element of bad faith, pleaded here ..., buttresses that conclusion. As pleaded, the interactions between Canada and the beekeepers suggest that monetary relief may be required to fulfil a clear and specific duty to act.

[81] En appliquant ce cadre à l'action, Monsieur le juge Stratas a conclu ce qui suit (au paragraphe 148) :

[...] Tel qu'il a été allégué, la conduite du gouvernement du Canada [c.-à-d. de créer et de maintenir une politique non autorisée et pas étayée par des preuves scientifiques qui empêche les apiculteurs d'exercer leur droit légitime de demander des permis d'importation au cas par cas] s'apparente à une mauvaise administration, ce qui peut faire jouer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de l'octroi d'une réparation pécuniaire. L'élément additionnel de la mauvaise foi, allégué en l'espèce [...] renforce cette conclusion. Conformément aux allégations, il ressort des interactions entre le gouvernement du Canada et les apiculteurs qu'une sanction pécuniaire pourrait être nécessaire pour que le Canada s'acquitte d'une obligation d'agir claire et précise.

[82] Further, as discussed above, I do not agree that there is a conflict within the Class such that the resolution of issues 1 to 3 and 6 to 8 will negatively impact certain members of the Class. Given that the cause of action in negligence is based on allegations that the Minister was and is "improperly refusing to consider section 160 applications" (*Paradis Honey FCA*, at paragraph 99), the Faction cannot be legally or factually in conflict with the allegation that the Minister unlawfully or improperly instituted a "de facto prohibition".

[82] Qui plus est, comme il est indiqué ci-dessus, je ne suis pas d'accord avec l'existence d'un conflit dans le groupe de sorte que le règlement des questions 1 à 3 et 6 à 8 aura des conséquences négatives pour certains membres du groupe. Étant donné que la cause d'action fondée sur la négligence se fonde sur des allégations selon lesquelles le ministre refusait et refuse « de manière inappropriée d'examiner des demandes présentées en vertu de l'article 160 » (*Paradis Honey CAF*, au paragraphe 99), il est impossible que la faction soit, au regard du droit ou des faits, en conflit avec l'allégation selon laquelle le ministre a instauré illégitimement ou inadéquatement une « interdiction de fait ».

[83] All of the proposed Class members have an interest in the Federal Crown lawfully performing its administrative functions. Regarding assessing damages at trial, Mr. Justice Stratas said, "the judge will consider what would have happened had the Minister acted properly, i.e., what would have happened in a 'but for'

[83] Tous les membres du groupe proposé ont intérêt à ce que la Couronne fédérale s'acquitte en toute légalité de ses fonctions administratives. En ce qui concerne l'appréciation des dommages en première instance, Monsieur le juge Stratas a indiqué que : « le juge se penche sur ce qui se serait produit si le ministre avait agi

world where the blanket guideline did not exist", and posited that permits may or may not have been available based upon the risk of disease and harm arising from importing "packages" (*Paradis Honey FCA*, at paragraph 101).

[84] Members of the Faction may hold different political views from the Beekeepers regarding whether the border should remain closed to "packages", but that does make the questions of whether the Federal Crown was negligent, or took abusive administrative action, individual. The fact that they are in agreement with the Minister's actions has little bearing on whether or not the Minister was acting improperly. There is no evidence that the Minister acted improperly towards only some commercial beekeepers. The Minister's actions are legally and factually the same towards all Class members.

[85] In *Markson*, the Ontario Court of Appeal was faced with a similar situation, where some customers of MNB Bank Canada allegedly enjoyed the defendant's potentially illegal lending practices, and found that the class should be certified because the cause of action was focused on the defendant's conduct (at paragraph 75):

> .... It may be that some customers of the defendant would prefer that it continue to have the right to break the criminal law (if it is doing so), in order to offer its customers some added advantages. In this sense, allowing the plaintiff to pursue a class proceeding may be seen as unfair to some of the customers. In an organized society however, I do not see this as the kind of fairness concern that should prevent a court from intervening. Rather, the concern should be whether the defendant is acting in according to the law.

[86] The fact that some Class members may have benefitted from these alleged wrongdoings, or may not be able to recover damages, does not change the fact that the resolving issues 1 to 3 and 6 to 8 will advance the resolution of every Class member's claim. The Beekeepers

de manière appropriée, c'est-à-dire qu'il rechercherait ce qui serait survenu n'eût été l'existence des lignes directrices générales » et a postulé qu'il fût possible que des permis n'aient pas été accessibles en raison de l'existence d'un risque de maladie et de préjudice découlant de l'importation de « paquets » (*Paradis Honey CAF*, au paragraphe 101).

[84] Les opinions politiques des membres de la faction peuvent être différentes de celles des apiculteurs quant à savoir si la frontière devrait demeurer fermée aux « paquets »; les questions visant à déterminer si la Couronne fédérale a été négligente ou qu'elle a pris des mesures administratives abusives n'en deviennent pas individuelles pour autant. Le fait qu'ils soient en accord avec les gestes posés par le ministre n'a que très peu d'influence au moment de déterminer si le ministre agissait de manière inadéquate ou pas. Il n'y a aucune preuve selon laquelle le ministre a agi de manière inappropriée à l'égard de certains apiculteurs commerciaux seulement. Le ministre a posé les mêmes gestes, au regard des faits et du droit, à l'égard de tous les membres du groupe.

[85] Dans l'arrêt *Markson*, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'une situation semblable, où certains clients de la Banque MBNA Canada avaient supposément profité des pratiques de prêt possiblement illégales du défendeur et a conclu que le groupe devrait être autorisé, parce que la cause d'action était axée sur la conduite du défendeur (au paragraphe 75) :

> [TRADUCTION] [...] Certains clients du défendeur préféreraient peut-être continuer d'avoir le droit d'enfreindre le droit pénal (s'ils le font) afin d'offrir à ces clients certains avantages supplémentaires. En ce sens, il pourrait être considéré comme injuste pour certains clients de permettre à la demanderesse de poursuivre un recours collectif. Dans une société organisée, toutefois, je ne crois pas qu'il s'agisse du genre de préoccupation relative à l'équité qui devrait empêcher un tribunal d'intervenir. On devrait plutôt se concentrer à déterminer si le défendeur agit dans le respect de la loi.

[86] Bien qu'il soit possible que certains membres du groupe aient profité de ces actes répréhensibles allégués, et qu'ils ne puissent obtenir réparation, il demeure que le fait de trancher les questions 1 à 3 et 6 à 8 fera progresser le règlement de la réclamation de chacun des

acknowledge that, based upon how each Class member dealt with the loss of opportunity to import, the quantum of damages, if any, available to individual beekeepers may vary. However, contrary to the Federal Crown's arguments, the question of causation and the question of quantum are distinct. Similarly, the fact that some Class members may believe it to be unfair to their interests, should the Federal Crown ultimately decide to open the border to "package" imports, does not create a conflict within the Class such that issues 1 to 3 and 6 to 8 are not common issues.

[87] Further, of the nine proposed common issues, 1 to 3 and 6 to 8 are the ones which will likely require the most time and resources, and therefore predominate over any individual questions that may arise. The fact that the issues relating to damages may be individual is not a proper basis for refusal to certify a class. Paragraphs 334.18(a) and 334.18(c) [of the *Federal Courts Rules*].

[88] I find that the claims of the Class raise common issues that predominate over questions affecting individual members, such that the criterion in subsection 334.16(1) [of the *Federal Courts Rules*] is satisfied.

(2) Are issues 1 to 9 common issues?

[89] Turning to the nine proposed common issues—and noting that rule 334.19 states that a judge may, on a motion, amend an order certifying a proceeding as a class proceeding or, if the conditions for certification are no longer satisfied with respect to the proceeding, decertify it—I find that it is appropriate, at this time, to certify all nine issues as common.

[90] As discussed above, whether the Federal Crown owed each commercial beekeeper a duty of care and a standard of care (issues 1 and 2, respectively), and

membres du groupe. Les apiculteurs reconnaissent que le quantum des dommages-intérêts, s'il y a lieu, offerts à chaque apiculteur peut varier en fonction de la façon dont chacun des membres du groupe a géré la possibilité d'importation perdue. Toutefois, contrairement aux arguments exposés par la Couronne fédérale, la question de la causalité et celle du quantum sont des questions distinctes. De même, le fait que certains membres du groupe soient portés à croire que la décision prise ultimement par la Couronne fédérale d'ouvrir la frontière aux importations de « paquets » irait à l'encontre de leurs intérêts, ne crée pas un conflit dans le groupe qui fait en sorte que les questions 1 à 3 et 6 à 8 ne sont pas des questions communes.

[87] Qui plus est, parmi les neuf questions communes proposées, les questions 1 à 3 et 6 à 8 sont celles qui exigeront probablement le plus de temps et de ressources et qui prédominent donc sur toute question individuelle pouvant survenir. La possibilité que les questions liées aux dommages-intérêts soient individuelles ne constitue pas un fondement approprié au refus d'autoriser un groupe. Alinéas 334.18a) et 334.18c) des Règles.

[88] Je conclus que les allégations du groupe soulèvent des questions communes qui prédominent sur les questions touchant des membres individuels, de sorte que le critère établi au paragraphe 334.16(1) des Règles est satisfait.

2) Les questions 1 à 9 sont-elles des questions communes?

[89] En ce qui concerne les neuf questions communes proposées — en notant que l'article 334.19 des Règles prévoit qu'un juge peut, sur requête, modifier l'ordonnance d'autorisation ou, si les conditions d'autorisation ne sont plus respectées, retirer l'autorisation — je conclus qu'il est approprié, à l'heure actuelle, de certifier que les neuf questions sont communes.

[90] Comme il est indiqué ci-dessus, les questions visant à déterminer si la Couronne fédérale devait s'acquitter d'un devoir de soin et satisfaire à une norme de

whether the Federal Crown's actions resulted in a recoverable loss (issue 3)—are common issues.

[91] Whether or not the causes of action arise "otherwise within a province" (issue 5) is a common issue. It is dispositive of whether the Class will be able to proceed as a whole, or whether sub-classes will have to be created based upon each Class member's location.

[92] Whether the *Crown Liability Proceedings Act* grants any or all of the defendants statutory immunity, and whether the defendants' actions or omissions fall within Crown sovereignty or the Crown prerogative (issues 6 and 7, respectively) are common issues. Should the Federal Crown succeed in either of these two defences, the Action will fail for the entire Class.

[93] Mr. Justice Stratas, for the Federal Court of Appeal, determined that Canada's allegedly abusive administrative action (issue 8) was creating and enforcing the unauthorized policy that they have implemented since 2006. Since the policy was directed towards all commercial beekeepers, this is a common issue.

[94] It is too early to know whether the Class will continue as a whole or will be split into sub-classes. As such, it is appropriate to treat the issues of damages from the claim in negligence and the claim in abusive administrative action (issues 4 and 9, respectively) as common issues for the purposes of certification. Particularly, the questions of whether aggregate damages are available to the Class and how those damages should be distributed are common issues. If it is found that individual damages are appropriate, it may be that the framework for calculating such damages will have to be done on the basis of sub-classes, and the necessary changes to the certification order can be made by the Court at that time.

soin pour chacun des apiculteurs commerciaux (questions 1 et 2 respectivement) et si les mesures prises par la Couronne fédérale ont donné lieu à une perte récupérable (question 3) sont des questions communes.

[91] La question visant à déterminer si la cause d'action survient autrement que « dans une province » (question 5) est une question commune. Elle doit être conchuante à l'appui de la question visant à déterminer si le groupe pourra procéder dans son ensemble ou s'il faudra créer des sous-groupes en fonction de l'emplacement de chacun des membres du groupe.

[92] Les questions visant à déterminer si la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* accorde l'immunité réglementaire à l'un des défendeurs et à chacun d'eux et si les gestes ou les omissions des défendeurs relèvent de la souveraineté et de la prérogative de la Couronne (questions 6 et 7 respectivement) sont des questions communes. Si la Couronne fédérale obtient gain de cause pour ces deux défenses, l'action sera rejetée pour l'ensemble du groupe.

[93] Monsieur le juge Stratas, de la Cour d'appel fédérale, a déterminé que les mesures administratives abusives supposément prises par le gouvernement du Canada (question 8) créaient et exécutaient la politique non autorisée qu'il a mise en œuvre en 2006. Étant donné que la politique visait tous les apiculteurs commerciaux, il s'agit d'une question commune.

[94] Il est trop tôt pour savoir si le groupe poursuivra dans son ensemble ou s'il sera divisé en sous-groupes. Il est donc approprié de traiter les questions des dommages-intérêts issues de l'allégation de négligence et l'allégation de mesures administratives abusives (questions 4 et 9 respectivement) en tant que questions communes aux fins d'autorisation. En particulier, les questions visant à déterminer si le total des dommages-intérêts est offert au groupe et la façon dont ces dommages-intérêts devraient être répartis sont des questions communes. Si l'on conclut qu'il est approprié d'accorder des dommages-intérêts individuels, il faudra peut-être établir un cadre pour calculer ces dommages-intérêts selon les sous-groupes et la Cour pourra apporter les changements requis à l'autorisation à ce moment.

D. *Is a class proceeding the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law and fact?*

[95] Subsection 334.16(2) [of the *Federal Courts Rules*] states that all relevant matters shall be considered in the determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether:

(a) the questions of law of fact common to the class members predominate over any questions of individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[96] The Supreme Court of Canada, in *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949 (*AIC*), at paragraphs 19 to 23, set out a number of principles to be used in determining whether a class action is the preferable procedure:

(1) The starting point is the relevant statutory provision. The preferability requirement is broad enough to take into account all available means of resolving the class members' claims including avenues of redress other than court actions.

(2) The court must look at the common issues in the context of the action as a whole, and when

D. *Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs ?*

[95] Le paragraphe 334.16(2) des Règles prévoit que pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d'autres mesures de redressement.

[96] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949 (*AIC*), aux paragraphes 19 à 23, établit un certain nombre de principes à utiliser pour déterminer si le recours collectif est meilleur moyen :

1) Le point de départ est la disposition législative applicable. Le critère du meilleur moyen est assez large pour englober tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires.

2) La cour doit considérer les questions communes dans le contexte général de l'action et, dans la

comparing possible alternatives with the proposed class proceeding, it is important to adopt a practical cost-benefit approach, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court.

(3) The preferability analysis considers the extent to which the proposed class action serves the goals of class proceedings. The three principle goals of class actions are (1) judicial economy, (2) behaviour modification, and (3) access to justice. This is a comparative exercise, and the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals.

[97] The burden of proof is on the party seeking certification, and the standard is "some basis in fact", which has been interpreted by the Supreme Court of Canada to mean "sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage" (*Pro-Sys*, at paragraph 104). This requires the representative plaintiff to show that (1) a class proceeding would be a fair, efficient, and manageable means of advancing the claim; and (2) it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members' claims (*AIC*, at paragraph 48).

[98] Further, the "Canadian approach at the certification stage does not allow for an extensive assessment of the complexities and challenges that a plaintiff may face in establishing its case at trial", because after certification the court has the "power … to decertify the action if at any time it is found that the conditions for certification are no longer met" (*Pro-Sys*, at paragraph 105).

[99] The Federal Crown asserts that the identification of the Class is "plagued with self-assessment", which

comparaison du recours collectif avec d'autres voies de droit possibles, il importe de recourir à une analyse pratique tenant compte des coûts et des avantages et de prendre en considération l'incidence d'un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal.

3) L'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif. Les trois principes objectifs du recours collectif sont les suivants : 1) l'économie des ressources, 2) la modification des comportements et 3) l'accès à la justice. Il s'agit d'un exercice comparatif et la question à laquelle il faut ultimement répondre est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs.

[97] Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande l'autorisation et la norme est celle du « certain fondement factuel », qui signifie, selon l'interprétation qu'en fait la Cour suprême du Canada, que « [s]uffisamment de faits doivent permettre de convaincre le juge saisi des demandes que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l'instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s'écrouler à l'étape de l'examen au fond » (*Pro-Sys*, au paragraphe 104). Le représentant demandeur doit donc prouver 1) que le recours collectif constituerait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance et 2) qu'il serait préférable à tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe (*AIC*, au paragraphe 48).

[98] Qui plus est, « l'approche canadienne à l'étape de la certification ne permet pas d'apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès », parce qu'une fois le recours certifié, le tribunal a le « pouvoir […] de révoquer la certification du recours collectif à tout moment où il est établi que les conditions de certification ne sont plus réunies » (*Pro-Sys*, au paragraphe 105).

[99] La Couronne fédérale affirme que l'identification du groupe est [TRADUCTION] « envahie d'auto-évaluation »,

would nullify any judicial economy. Further, the Federal Crown argues that the Action depends on the Minister's actions causing each Class member to have suffered the loss of an opportunity. As such, individual issues predominate, making the appropriate procedure individual applications for relief. It suggests that, to the extent that the Beekeepers are seeking a clarification of the lawfulness of the Minister's decision-making process, a test case would be more appropriate.

[100] In my view, the common questions raised in this action overwhelmingly predominate, making this a clear case where a class action will result in judicial economy. Mr. Paradis' evidence shows that the Federal Crown interacted with the commercial beekeepers on an industry-wide level, both before and after December 31, 2006. Therefore, it was to the industry as a whole that the Federal Crown made representations, stating that ongoing monitoring and investigation of whether it was appropriate to open the border to "packages" from the United States was happening. The Federal Crown does not dispute that its actions were nation-wide and industry-wide.

[101] While the Federal Crown suggests that each Class member's lost opportunity is unique such that the resolution of the Beekeepers' allegations will not significantly advance any individual Class member's claim, I disagree. The common issues predominate over any questions affecting only individual members.

[102] There are an estimated 1 400 commercial beekeepers in Canada, who fall within the Class definition. The Beekeepers submit that it is likely that a sizeable number of these beekeepers would be motivated and interested in the litigation. In 2013, the Manitoba Association of Beekeepers reported that 384 commercial beekeepers were in favour of opening the border to "packages" from the United States. Mr. Gibeau estimates that there are 200–300 potential class members in Ontario, although he did not provide any assessment of their level of interest.

ce qui annulerait toute économie des ressources. La Couronne fédérale soutient aussi que l'action dépend des gestes posés par le ministre, qui ont fait subir à chacun des membres du groupe la perte d'une occasion. Ce sont donc les questions individuelles qui prédominent, ce qui fait en sorte que les demandes individuelles de réparation constituent la procédure appropriée. Elle suggère que, dans la mesure où les apiculteurs demandent à préciser la légitimité du processus décisionnel du ministre, il serait plus approprié d'instruire un cas type.

[100] Je suis d'avis que les questions communes soulevées dans cette action prédominent complètement, ce qui en fait un cas évident où un recours collectif permettra d'économiser des ressources. La preuve produite par M. Paradis démontre que la Couronne fédérale a interagi avec les apiculteurs commerciaux à l'échelle de l'industrie, avant et après le 31 décembre 2006. C'est donc à l'industrie dans son ensemble que la Couronne fédérale a fait valoir son argumentation, en indiquant qu'une surveillance et qu'une enquête étaient en cours en vue de déterminer s'il était approprié d'ouvrir la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis. La Couronne fédérale ne conteste pas que ses gestes visaient l'ensemble du pays et de l'industrie.

[101] La Couronne fédérale suggère que la possibilité perdue de chacun des membres est unique, de sorte que le règlement des allégations des apiculteurs ne fera pas progresser considérablement la demande de chacun des membres du groupe; je ne souscris pas à cette opinion. Les points communs prédominent sur ceux qui ne concernent qu'un membre.

[102] On compte environ 1 400 apiculteurs commerciaux au Canada qui correspondent à la définition du groupe. Les apiculteurs soutiennent qu'un nombre important de ces apiculteurs seront probablement motivés et intéressés par le litige. En 2013, la Manitoba Association of Beekeepers a indiqué que 384 apiculteurs commerciaux se prononçaient en faveur de l'ouverture de la frontière aux « paquets » en provenance des États-Unis. M. Gibeau estime que l'Ontario compte de 200 à 300 membres potentiels du groupe, même s'il n'a présenté aucune évaluation de leur niveau d'intérêt.

[103] There is no evidence that any of the Class members have an interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings. In 2013, the Alberta Beekeepers' Commission submitted a letter to the CFIA expressing significant dissatisfaction with the methodology and findings of a risk assessment conducted in 2013 (the 2013 Risk Assessment); however, no litigation has resulted. This supports the view that many of their members are interested in the issues underlying this action, but are not interested in pursuing individual claims. Aside from *Paradis Honey FC* and *Paradis Honey FCA*, there have been no other proceedings that involve the claims in the Action brought to the attention of the Court.

[103] Aucune preuve n'a été présentée selon laquelle des membres du groupe ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées. En 2013, la Alberta Beekeepers' Commission a présenté une lettre à l'ACIA dans laquelle elle faisait part de sa grande insatisfaction à l'égard de la méthode utilisée pour mener une évaluation des risques en 2013 et des conclusions de cette évaluation (l'évaluation des risques de 2013); cette lettre n'a toutefois amorcé aucun litige. Ce fait appuie l'opinion selon laquelle bon nombre de ses membres ont un intérêt à l'égard des questions sous-jacentes à l'action, mais qu'ils ne souhaitent pas présenter leurs demandes de façon individuelle. Hormis les décisions *Paradis Honey CF* et *Paradis Honey CAF*, aucune autre procédure liée aux demandes présentées dans l'action n'a été portée à l'attention de la Cour.

[104] The Beekeepers also argue that there is no alternative mechanism for resolving their claims for compensatory damages, and that the only regulatory compensation mechanism for the destruction of honeybees does not apply. In the absence of a class proceeding, the Class members are left with the alternatives of individual judicial review, individual litigation, group litigation, or a test case. They assert that a class proceeding is clearly the preferable means of resolving the issues, compared to any of the alternatives.

[104] Les apiculteurs font aussi valoir qu'il n'existe aucun autre mécanisme pour régler leur réclamation de dommages-intérêts compensatoires, et que le seul mécanisme de compensation réglementaire pour la destruction des abeilles domestiques ne s'applique pas. En l'absence de recours collectif, les membres du groupe n'ont d'autre choix que de demander un contrôle judiciaire individuel, une action individuelle, une action collective ou un cas type. Ils affirment qu'il est évident qu'un recours collectif, plus que toutes les autres voies de droits, constitue le moyen souhaité de trancher les questions.

[105] As stated above, the three principal goals of class actions are (1) judicial economy, (2) behaviour modification, and (3) access to justice.

[105] Comme il est indiqué ci-dessus, les trois principaux objectifs du recours collectif sont les suivants : 1) l'économie des ressources, 2) la modification des comportements et 3) l'accès à la justice.

[106] Judicial review would not provide the Beekeepers with the compensation they seek and, because of the limited remedies available, would probably not lead to behaviour modification. For most commercial beekeepers, there is no obvious administrative decision on which to seek a judicial review, and judicial review may only be available to beekeepers who had applied for an import permit and were specifically denied. Further, given that the Federal Crown's alleged misconduct stretches back ten years, the 30-day limitation for judicial review would preclude the Beekeepers

[106] Le contrôle judiciaire ne permettrait pas aux apiculteurs d'obtenir la réparation qu'ils cherchent et, vu les recours limités à leur disposition, il ne donnerait probablement pas lieu à une modification des comportements. Pour la plupart des apiculteurs commerciaux, il n'existe aucune décision administrative évidente à l'encontre de laquelle présenter une demande de contrôle judiciaire. Il est aussi possible que seuls les apiculteurs qui avaient présenté une demande de permis d'importation qui a été refusée puissent demander un contrôle judiciaire. Qui plus est, étant donné que l'inconduite

from bringing a judicial review based on any actions or omissions in those earlier years. Therefore, judicial review would further none of the goals of class actions.

[107] The Federal Crown suggests that a test case would be the most efficient way to clarify the lawfulness of the Minister's actions. However, this ignores the fact that, should the test plaintiff succeed, each individual beekeeper would have to start an individual litigation. Not only would this lead to a multiplicity of actions, taking up the Court's time and resources, it could also risk inconsistency in fact-finding.

[108] It is undisputed that the Federal Crown's actions affected commercial beekeepers nation-wide. The Beekeepers have produced evidence, that meets the standard of "some basis in fact", showing that the Class would be fairly large. Each Class member, to succeed in their action, will need to show that the Federal Crown acted negligently or in a manner that embodied abusive administrative action, and that the defenses in sections 3, 8 , or 10 of the *Crown Liability and Proceedings Act* and the defenses of Crown sovereignty or Crown prerogative do not apply. Due to the nature of the causes of action, and defenses, these analyses will depend on similar facts and legal analysis, regardless of the identity of the Class member. Therefore, the goal of judicial economy is better achieved by proceeding as a class action, than proceeding as a test case, followed by individual litigation.

[109] In invoking Crown sovereignty and Crown prerogative, the Federal Crown makes the argument that the decisions regarding honeybee "package" imports are strictly policy decisions. The implication of this is that the Beekeepers should only have political means of redress, such as lobbying and voting. Based on the evidence, this is an unsatisfactory procedure for effecting

alléguée de la Couronne fédérale remonte à dix ans, la limite de 30 jours pour présenter une demande de contrôle judiciaire empêcherait les apiculteurs de présenter une demande à ce titre en raison de gestes ou d'omissions survenus au cours de ces années précédentes. Par conséquent, un contrôle judiciaire ne ferait progresser aucun des objectifs des recours collectifs.

[107] La Couronne fédérale suggère qu'une cause type constituerait la façon la plus efficace de préciser la légalité des mesures prises par le ministre. On ne tient toutefois pas du compte du fait que, si le plaignant dans la cause type obtient gain de cause, chacun des apiculteurs devrait intenter une action individuelle. En plus de mener à une multitude d'actions et d'abuser du temps et des ressources de la Cour, cette solution pourrait donner lieu à des recherches de faits incohérentes.

[108] Il est constant que les mesures prises par la Couronne fédérale se sont fait sentir sur les apiculteurs commerciaux à l'échelle du pays. Les apiculteurs ont produit des éléments de preuve qui satisfont à la norme du « certain fondement factuel » selon lesquels le groupe serait relativement gros. Chacun des membres du groupe devra, s'il veut obtenir gain de cause, démontrer que la Couronne fédérale a agi avec négligence ou d'une façon qui constituait une mesure administrative abusive et que les défenses prévues aux articles 3, 8 ou 10 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* ainsi que la défense de la souveraineté et de la prérogative de la Couronne ne s'appliquent pas. Vu la nature des causes d'action et des défenses, ces analyses dépendront d'une analyse semblable des faits et du droit, peu importe l'identité du membre du groupe. Par conséquent, l'objectif de l'économie des ressources est mieux servi en procédant en tant que recours collectif qu'en procédant par cause type suivie d'actions individuelles.

[109] En invoquant la souveraineté et la prérogative de la Couronne, la Couronne fédérale fait valoir que les décisions relatives aux importations de « paquets » d'abeilles domestiques sont strictement des décisions de politique. Vu cet argument, les apiculteurs ne devraient qu'avoir accès à des moyens de redressement uniquement politiques, comme le lobbyisme et le vote.

behavioural modification. The Beekeepers state that commercial beekeepers are outnumbered by hobbyists, who generally do not share the same economic concerns regarding colony replacement.

[110] Even though pollination is essential to Canada's agricultural interests, commercial beekeeping appears to be an industry which has had little success in engaging with the Federal Crown. For example, the evidence shows that the CFIA repeatedly refused to conduct a risk assessment, absent a request from the Honey Council, despite knowing that the Honey Council contained a majority of beekeepers who were opposed to opening the border. Additionally, despite evidence that the honeybee monitoring situation in the United States had changed significantly in 2009, the Minister waited until 2013 to perform a risk assessment, after the Action was commenced. Further, the 2013 Risk Assessment is allegedly based on questionable assumptions and out of date information, and may be of dubious scientific value.

[111] The Ontario Divisional Court, sitting as an appellate court, in *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665, 2006 CanLII 20322, at paragraph 157, stated:

> .... the class proceedings regime in this province is specifically designed in that it is intended to provide a mechanism for correcting the behaviour of wrongdoers who would, absent its specialized procedures, be immune from legal consequences for their behaviour.

[112] Further, the Ontario Court of Appeal in *Markson*, at paragraph 71, stated:

> .... A class proceeding would therefore meet the goal of behaviour modification. While presumably an individual action that resulted in an injunction or declaration would achieve the same result, a class proceeding, unlike an individual action, will also have the advantage of requiring

Il s'agit d'une procédure inacceptable, vu la preuve, pour instaurer des modifications des comportements. Les apiculteurs indiquent que les apiculteurs commerciaux sont moins nombreux que les apiculteurs amateurs, qui ne partagent habituellement pas les mêmes préoccupations d'ordre économique en ce qui concerne le remplacement de colonies.

[110] Même si la pollinisation est cruciale aux intérêts agricoles du Canada, l'apiculture commerciale semble être une industrie qui n'a obtenu que très peu de succès dans ses interactions avec la Couronne fédérale. Il ressort par exemple de la preuve que l'ACIA a refusé à maintes reprises de mener une évaluation du risque, en l'absence d'une demande du Conseil du miel, même si elle savait que le Conseil du miel était majoritairement formé d'apiculteurs qui s'opposaient à l'ouverture de la frontière. En outre, malgré la preuve selon laquelle l'état de la surveillance des abeilles domestiques aux États-Unis a changé considérablement en 2009, ce n'est qu'en 2013 que le ministre a mené une évaluation du risque, après que l'action ait été amorcée. Qui plus est, l'évaluation du risque de 2013 se fonde supposément sur des hypothèses douteuses et des renseignements désuets, sans compter que sa valeur scientifique est douteuse.

[111] La Cour divisionnaire de l'Ontario, qui siège en tant que cour d'appel, a indiqué, dans l'arrêt *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665, au paragraphe 157 :

> [TRADUCTION] [...] Le régime de recours collectif dans la province est conçu de manière précise, en ce sens où il vise à offrir un mécanisme en vue de corriger le comportement des délinquants, qui, n'étant pas de ses procédures spécialisées, seraient à l'abri des conséquences juridiques de leur comportement.

[112] En outre, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Markson*, au paragraphe 71, a affirmé :

> [TRADUCTION] [...] Un recours collectif atteindrait donc l'objectif de la modification des comportements. Même s'il est possible qu'une action individuelle ayant donné lieu à une injonction ou à une déclaration atteigne le même résultat, un recours collectif, contrairement à une

the defendant to account for the economic harm it has caused.

[113] I find that the goal of behaviour modification is best effected through a class proceeding.

[114] The Supreme Court of Canada, in *AIC*, at paragraph 24, stated that access to justice in the context of class actions has two interconnected dimensions: (1) procedural—do the claimants have a fair process to resolve their claims—and (2) substantive—will the claimants receive a just and effective remedy for their claims if established. The Supreme Court of Canada went on to formulate a series of questions to help determine whether both of these elements are present in a class action (*AIC*, at paragraphs 27 to 38):

(1) What are the barriers to access to justice?

(2) What is the potential of the class proceedings to address those barriers?

(3) What are the alternatives to class proceedings?

(4) To what extent do the alternatives address the relevant barriers?

(5) How do the two proceedings compare?

[115] One of the major barriers to access to justice highlighted by the Beekeepers is the cost of litigating the Action. The Beekeepers started towards certifying this class in 2012. They have already expended a significant amount of time and resources into moving the Action forward, and it is likely that litigation will only become more expensive. They state that this is likely an action that will require significant expert testimony, as well as legal resources. The issues are complex and cross-border, and the litigation of the novel cause of action may take years, if there are appeals. Moreover, a class action is preferable in cases where the financial burden of a case would consume all or almost all of the

action individuelle, a l'avantage d'exiger du défendeur d'être responsable des préjudices économiques dont il est la cause.

[113] Je conclus qu'un recours collectif constitue la meilleure façon d'atteindre l'objectif de la modification des comportements.

[114] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *AIC*, au paragraphe 24, a affirmé que l'accès à la justice dans le contexte des recours collectifs comporte deux dimensions interreliées : 1) l'une intéresse la procédure — les demandeurs disposent-ils d'une voie équitable de règlement de leurs réclamations — et 2) l'autre intéresse le droit substantiel — les demandeurs obtiendront-ils une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi. La Cour suprême du Canada a ensuite formulé une série de questions afin d'aider à déterminer la présence de ces deux éléments dans un recours collectif (*AIC*, aux paragraphes 27 à 38) :

1) Quels sont les obstacles à la justice?

2) Dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles?

3) Quels autres moyens y a-t-il?

4) Dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles?

5) Bilan de la comparaison.

[115] Les coûts liés à l'instruction de l'action sont l'un des principaux obstacles à l'accès à la justice mis en évidence par les apiculteurs. Les apiculteurs ont amorcé la procédure d'autorisation du présent groupe en 2012. Ils ont déjà consacré une quantité considérable de temps et de ressources en vue de faire progresser l'action et il est probable que le litige ne devienne que plus coûteux. Ils affirment qu'il s'agit sans doute d'une action qui exigera un grand nombre de témoignages d'experts et de ressources juridiques. Les enjeux sont complexes et transfrontaliers, et la procédure liée à la nouvelle cause d'action peut durer des années, si des appels sont interjetés. Qui plus est, le recours collectif est plus

proceeds of the judgment of any single plaintiff (*Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada Ltd.)* (1995), 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div)), which may well be the case here.

[116] Further, with regards to access to justice, any procedure that places the plaintiff in a position where there is a risk of having to pay a costs award compares less favourably to a class proceeding, under which there is costs immunity absent exceptional circumstances (subsection 334.39(1) [of the *Federal Courts Rules*]).

[117] I find that it is doubtful that every Class member would be able to effectively bring an individual action, should the Action not move forward as a class proceeding. Therefore, I find that certifying a class action would best achieve the goal of access to justice.

[118] Finally, the Beekeepers assert that the fact that some Class members may prefer and benefit from the Federal Crown's impugned conduct should not be a factor in considering the preferable procedure. In *Markson*, at paragraphs 29, 66 and 67, the Ontario Court of Appeal rejected the motion Judge's finding that the fact that some members of the class were not in favour of the law suit (because they preferred perks of the borrowing option that carried the risk of a criminal rate of interest) was a conflict within the class which support the finding that a class proceeding was not the preferable procedure. I agree with the Beekeepers that this is a similar situation and, as I stated above, it is against public policy to deny certification because certain Class members may wish to retain the benefits of unlawful conduct.

[119] I am persuaded that the other means of resolving the claims in the Action are less practical and/or less efficient, and I agree with the Beekeepers that a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common issues.

souhaitable dans les cas où le fardeau financier lié à une cause consommerait la totalité, voire la quasi-totalité des produits du jugement d'un seul demandeur (*Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada Ltd.)* (1995), 25 O.R. (3d) 331 (Div. gén.)), ce qui pourrait bien être le cas en l'espèce.

[116] Qui plus est, en ce qui concerne l'accès à la justice, toute procédure qui expose le demandeur à un risque de devoir acquitter une adjudication des dépenses est moins souhaitable qu'un recours collectif, qui prévoit une immunité aux dépens en l'absence de circonstances exceptionnelles (paragraphe 334.39(1) des Règles).

[117] Je conclus qu'il n'est pas certain que chacun des membres du groupe pourrait effectivement intenter une action individuelle, si l'action ne procédait pas en tant que recours collectif. Je conclus donc que l'autorisation du recours collectif constitue la meilleure façon d'atteindre l'objectif d'accès à la justice.

[118] Enfin, les apiculteurs soutiennent que le fait que certains membres du groupe pourraient préférer profiter de la conduite contestée de la Couronne fédérale ne devrait pas être un facteur dans l'évaluation de la procédure souhaitable. Dans l'arrêt *Markson*, aux paragraphes 29, 66 et 67, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle le désaccord de certains membres par rapport à la poursuite (parce qu'ils préféraient les avantages liés à l'option d'emprunt qui comporterait le risque de taux d'intérêt criminel) constituait un conflit dans le groupe, ce qui étayait la conclusion selon laquelle un recours collectif ne constituait pas la procédure préférable. Je souscris à l'opinion des apiculteurs selon laquelle il s'agit d'une situation semblable et, comme je l'ai indiqué ci-dessus, il va à l'encontre de la politique publique de refuser l'autorisation parce que certains membres du groupe souhaitent conserver les avantages liés à la conduite illégale.

[119] Je suis convaincu que les autres voies de règlement des réclamations de l'action sont moins pratiques ou efficaces et je suis d'accord avec les apiculteurs lorsqu'ils indiquent qu'un recours collectif constitue le meilleur moyen de régler les questions communes de façon juste et efficace.

E. *Is there an appropriate representative plaintiff?*

[120] In *WCSC*, at paragraph 41, the Supreme Court of Canada stated:

> .... In assessing whether the proposed representative is adequate, the court may look to the motivation of the representative, the competence of the representative's counsel, and the capacity of the representative to bear any costs that may be incurred by the representative in particular (as opposed to by counsel or by the class members generally). The proposed representative need not be "typical" of the class, nor the "best" possible representative. The court should be satisfied, however, that the proposed representative will vigorously and capably prosecute the interest of the class....

[121] Subparagraph 334.16(1)(e)(iii) [of the *Federal Courts Rules*] expresses that the representative plaintiff cannot have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interest of other class members. Additionally, subparagraph 334.16(1)(e)(ii) requires the representative plaintiff to have prepared a plan for the proceeding, and subparagraph 334.16(1)(e)(iv) requires that the representative plaintiff to provide a summary of any agreements respecting fees and disbursements.

[122] The Federal Crown argues that the proposed representative plaintiffs displayed indifference and antagonism, during cross-examination, towards proposed Class members who oppose the importation of honeybee "packages". The proposed representative plaintiffs identified the reasons that the Faction did not want to allow imports, and dismissed them. The Federal Crown asserts that it is unacceptable to allow the proposed representative plaintiffs to impose their individual business risk acceptability on the entire Class.

[123] The Federal Crown further submits that the dismissive attitude of the proposed representative plaintiffs is similar to that of the plaintiffs in *Paron* and *Nixon*, where certification was denied. Further, the Federal Crown contends that the opt out provisions are not sufficient to deal with members of the Class who

E. *Existe-t-il un représentant demandeur approprié?*

[120] Dans l'arrêt *WCSC*, au paragraphe 41, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit :

> [...] Quand le tribunal évalue si le représentant proposé est adéquat, il peut tenir compte de sa motivation, de la compétence de son avocat et de sa capacité d'assumer les frais qu'il peut avoir à engager personnellement (par opposition à son avocat ou aux membres du groupe en général). Il n'est pas nécessaire que le représentant proposé soit un modèle type du groupe, ni qu'il soit le meilleur représentant possible. Le tribunal devrait toutefois être convaincu que le représentant proposé défendra avec vigueur et compétence les intérêts du groupe [...]

[121] Le sous-alinéa 334.16(1)e)(iii) des Règles indique que le représentant demandeur ne peut pas avoir de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs. En outre, en vertu du sous-alinéa 334.16(1)e)(ii) le représentant demandeur doit avoir élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance, tandis que le sous-alinéa 334.16(1)e)(iv) exige au représentant demandeur de communiquer un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours.

[122] La Couronne fédérale soutient que les représentants demandeurs proposés ont fait preuve d'indifférence et d'antagonisme en contre-interrogatoire à l'égard des membres du groupe proposé qui s'opposaient à l'importation de « paquets » d'abeilles domestiques. Les représentants demandeurs ont exposé les motifs pour lesquels la faction ne voulait pas permettre les importations et les ont rejetés. La Couronne fédérale fait valoir qu'il est inacceptable de permettre aux représentants demandeurs proposés d'imposer leur tolérance à l'égard de leur propre risque professionnel à l'ensemble du groupe.

[123] La Couronne fédérale prétend aussi que l'attitude méprisante des représentants demandeurs proposés s'apparente à celles des demandeurs dans les décisions *Paron* et *Nixon*, où l'autorisation a été refusée. La Couronne fédérale prétend aussi que les dispositions de non-participation ne suffisent pas à traiter les membres du

do not support and do not agree with the factual allegations in the amended statement of claim.

[124] As discussed above, I am not persuaded that there is any conflict within the Class on common issues of law or fact. In my opinion, Mr. Paradis, Mr. Gibeau, and Mr. Lockhart are appropriate representative plaintiffs.

[125] Moreover, there is no evidence that either Mr. Paradis or Mr. Gibeau are indifferent or antagonistic towards members of the Faction. They clearly disagree with the opinion that the border should remain closed, however, the evidence shows that they are interested in maintaining the viability of the commercial beekeeping industry in Canada and have worked as part of provincial beekeeping associations towards that goal. Although the Federal Crown characterizes their motivations as self-interested, a successful outcome for the Action would not result in the border being open to honeybee "packages" from the United States. Their desire to receive compensation for their losses, because of alleged government negligence or abusive administrative action, is neither indifference nor antagonism towards the commercial beekeepers who want to keep the border closed.

[126] The Federal Crown argues that the Beekeepers are only interested in the profitability of their operations, a position that cannot be reconciled with other Class members' concerns over pests and disease. While it may be true that their interests are primarily economic, this is not related to either the common issues or the relief sought. Each Class member is allowed to have an opinion on whether the border should be open or closed, but the whole group has an interest in having the Minister do his or her job correctly and in accordance with the rule of law.

[127] The proposed representative plaintiffs and their counsel have demonstrated that they are competent, and have the capacity to advance the Action. They have

groupe qui ne soutiennent pas les allégations factuelles dans la déclaration modifiée et qui ne sont pas d'accord avec ces dernières.

[124] Comme il est indiqué ci-dessus, je ne suis pas convaincu de l'existence d'un conflit dans le groupe sur les questions communes de faits ou de droit. Selon moi, M. Paradis, M. Gibeau et M. Lockhart sont des représentants demandeurs appropriés.

[125] Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'indifférence ou d'antagonisme de la part de M. Paradis ou de M. Gibeau à l'égard des membres du groupe. Ils sont clairement en désaccord avec l'opinion selon laquelle la frontière devrait demeurer fermée; la preuve indique toutefois qu'ils souhaitent maintenir la viabilité de l'industrie apicole au Canada et qu'ils se sont employés, par l'intermédiaire des associations provinciales d'apiculture, à atteindre cet objectif. Même si la Couronne fédérale indique que leurs motivations sont intéressées, un résultat positif pour l'action ne donnerait pas lieu à l'ouverture de la frontière aux « paquets » d'abeilles domestiques en provenance des États-Unis. Leur désir d'obtenir une indemnité pour leurs pertes, attribuables à la négligence ou aux mesures administratives abusives alléguées de la part du gouvernement, ne témoigne ni d'indifférence ni d'antagonisme à l'égard des apiculteurs qui souhaitent que la frontière demeure fermée.

[126] La Couronne fédérale fait valoir que les apiculteurs ne sont intéressés que par la rentabilité de leurs activités, une position impossible à concilier avec les inquiétudes des autres membres du groupe relatives aux parasites et aux maladies. Le fait que leurs intérêts soient peut-être d'ordre économique n'a rien à voir avec les questions communes ou la réparation demandée. Chacun des membres du groupe a droit à son opinion sur l'ouverture ou la fermeture de la frontière; toutefois, le groupe en entier a un intérêt à ce que le ministre accomplisse son travail correctement et selon les principes de la primauté du droit.

[127] Les représentants demandeurs proposés et leur avocat ont démontré leur compétence et leur capacité à faire progresser l'action. Ils ont présenté un plan de

submitted a proposed litigation plan, and are prepared to submit a summary agreement regarding fees and disbursements.

[128] Both parties agree that the litigation plan, which was prepared in 2013, needs to be updated. Therefore, I find that it is appropriate to certify the class proceeding with the condition that the litigation plan be updated and brought back before the Court for approval, within 14 days of the publication of these reasons.

V. Costs

[129] Per subsection 334.39(1)[of the *Federal Courts Rules*], no costs are awarded for this motion.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The pleadings disclose reasonable causes of action.

2. There is an identifiable class of two or more persons, and there are no disqualifying conflicts between members of the Class.

3. There are common issues, the resolution of which will advance the claims of all Class members. These common issues predominate over questions affecting only individual members.

4. A class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law and fact.

5. Mr. Paradis, Mr. Gibeau, and Mr. Lockhart are appropriate representative plaintiffs.

6. The motion to certify this action as a class proceeding is granted, contingent upon the plaintiffs submitting an updated litigation plan within 14 days of the date of this judgment.

litige proposé et sont disposés à soumettre une convention sommaire sur les honoraires et les débours.

[128] Les parties s'entendent sur le fait que le plan de litige, préparé en 2013, doit être mis à jour. Je conclus donc qu'il est approprié d'autoriser le recours collectif, à condition de mettre à jour le plan de litige et de le présenter de nouveau devant la Cour aux fins d'approbation dans les 14 jours suivant la publication des présents motifs.

V. Dépens

[129] Conformément au paragraphe 334.9(1) [des Règles], les parties ne se voient pas adjuger de dépens pour la présente requête.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. Les actes de procédures révèlent une cause d'action valable.

2. Il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes et il n'existe aucun litige entre les personnes inscrites au recours collectif qui nécessiterait leur récusation.

3. Il existe des points communs, dont le règlement fera progresser les réclamations de tous les membres du groupe. Les points communs prédominent sur ceux qui ne concernent qu'un membre.

4. Le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs.

5. M. Paradis, M. Gibeau et M. Lockhart sont des représentants demandeurs appropriés.

6. La requête en autorisation de la présente action en tant que recours collectif est accueillie, à condition que les demandeurs présentent un plan de litige mis à jour dans les 14 jours suivant la date du présent jugement.

7. The nine common issues proposed by the plaintiffs are certified as common issues.

8. No costs are awarded for this motion.

7. Les neuf points communs proposés par les demandeurs sont autorisés en tant que points communs.

8. Aucuns dépens ne sont adjugés au regard de cette requête.

IMM-2418-16
2017 FC 288

Morteza Momenzadeh Tameh (*Applicant*)

v.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

INDEXED AS: TAMEH V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, February 27; Ottawa, March 16, 2017.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Ministerial relief — Unreasonable delay — Application for order of mandamus compelling respondent to render decision in respect of applicant's request for ministerial relief — Applicant found inadmissible in 2001 for permanent resident status due to past involvement in terrorist organization — Application for ministerial relief refused, but that decision set aside, sent back for redetermination in 2008 — Reassigned on multiple occasions — Canada Border Services Agency (CBSA) unable to provide applicant with timeframe for making decision on application for ministerial relief — CBSA maintaining that several factors having direct effect on processing of application — What constitutes reasonable period of time typically required to process applications for ministerial relief? — Applications for mandamus in respect of cases involving delays resulting in processing times well in excess of nine months turning on whether CBSA providing satisfactory justification for delay — Here, justification provided for some, not all of delay — Delays of 12 to 18 months reasonable for internal reorganization, delisting of terrorist organization — Delay of 45 months herein unreasonable — In cases of national security, Court should be reluctant to issue order of mandamus aborting or abbreviating investigation — However, respondent not having complete carte blanche regarding time available to make decisions under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(2) — Appropriate on occasion to require respondent to make decision within particular period of time — Respondent's concerns addressed by providing amount of time conferring sufficient flexibility to balance other priorities — Application granted in part.

IMM-2418-16
2017 CF 288

Morteza Momenzadeh Tameh (*demandeur*)

c.

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ : TAMEH C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 27 février; Ottawa, 16 mars 2017.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Dispense ministérielle — Délai déraisonnable — Demande d'ordonnance de mandamus visant à forcer le défendeur à rendre une décision concernant la demande de dispense ministérielle du demandeur — Le demandeur a été jugé interdit de territoire en 2001 et sa demande de résidence permanente a été refusée en raison de son association antérieure avec une organisation terroriste — La demande de dispense ministérielle a été rejetée, mais cette décision a été annulée et renvoyée pour nouvel examen en 2008 — Elle a été confiée à différents agents à maintes reprises — L'Agence des services frontaliers (ASFC) a informé le demandeur qu'il lui était impossible de lui donner un échéancier exact concernant la date à laquelle la décision serait rendue au sujet de sa demande de dispense ministérielle — L'ASFC a soutenu que plusieurs facteurs avaient eu une incidence directe sur le traitement de la demande — Il s'agissait de déterminer ce qui constitue un délai généralement raisonnable pour traiter les demandes de dispense ministérielle — Les demandes de mandamus liées à des cas portant sur des retards qui ont comme conséquence d'étendre la durée totale du traitement bien au-delà de neuf mois dépendent de la question de savoir si l'ASFC a fourni des justifications pouvant expliquer le délai de manière satisfaisante — En l'espèce, l'ASFC a fourni une justification de certains retards, mais pas tous — Un délai raisonnable attribuable à la réorganisation interne et au retrait d'une organisation terroriste de la liste se situerait entre 12 et 18 mois — Le délai de 45 mois dans le cas présent est déraisonnable — Lorsque des questions de sécurité nationale sont soulevées, la Cour devrait hésiter à rendre une ordonnance de mandamus si celle-ci a comme résultat une enquête avortée ou asphyxiée — Toutefois, le défendeur n'a pas carte blanche en ce qui a trait au temps dont il dispose pour rendre des décisions en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il pourrait

s'avérer approprié, à l'occasion, de forcer le ministre à rendre sa décision dans un délai précis — Les inquiétudes du défendeur peuvent être prises en considération en prévoyant suffisamment de temps pour lui donner la latitude nécessaire afin de pouvoir équilibrer ses autres priorités — Demande accueillie en partie.

This was an application for an order of *mandamus* to compel the respondent to render a decision in respect of the applicant's request for ministerial relief.

Il s'agissait d'une demande d'ordonnance de *mandamus* visant à forcer le défendeur à rendre une décision concernant la demande de dispense ministérielle du demandeur.

The applicant made a request for permanent resident status in 1994 after being found to be a Convention refugee. In 2001, an immigration counsellor determined that he was inadmissible due to his past involvement in Mujahedin-e-Kalq (MEK), an organization that was on Canada's list of terrorist entities. The counsellor recommended that ministerial relief from inadmissibility be granted, pursuant to paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act* (now paragraph 34(1)(f) and subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act)). The applicant's application for ministerial relief was refused, but that decision was set aside and sent back for redetermination in 2008. The application was reassigned on multiple occasions between 2009 and 2011 to different officers for processing. In 2012, the applicant requested that no decision be made on his application until after the Supreme Court of Canada (S.C.C.) rendered its decision in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*. Canada later removed the MEK from its list of terrorist entities. As a result, the applicant provided further submissions in respect of his application in 2013. A few weeks later, the S.C.C. issued its decision in *Agraira*, requiring the Canada Border Services Agency (CBSA) to make significant changes to its approach to processing request for ministerial relief from inadmissibility. In 2014, the CBSA informed the applicant that it could not provide a precise timeframe within which a decision would be made on his request for ministerial relief.

Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente en 1994, après avoir obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. En 2001, un conseiller en immigration a jugé qu'il était interdit de territoire en raison de son association antérieure avec les Mujahedin-e-Khalq (MEK), une organisation qui figurait sur la liste canadienne d'entités terroristes. Le conseiller a recommandé que la demande de dispense ministérielle à l'égard de son interdiction de territoire soit accordée, en vertu de l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration* (maintenant l'alinéa 34(1)f) et le paragraphe 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)). La demande de dispense ministérielle du demandeur a été rejetée, mais cette décision a été annulée et renvoyée pour nouvel examen en 2008. Entre 2009 et 2011, le traitement de la demande a été confié à différents agents à maintes reprises. En 2012, le demandeur a demandé qu'aucune décision ne soit rendue au sujet de sa demande avant que la Cour suprême du Canada (C.S.C.) ne rende sa décision dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*. Le gouvernement du Canada a plus tard retiré le MEK de sa liste des entités terroristes. Par conséquent, le demandeur a produit des observations supplémentaires relatives à sa demande en 2013. Quelques semaines plus tard, la C.S.C. a rendu sa décision dans l'arrêt *Agraira*, forçant l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) à modifier considérablement son approche en matière de traitement des demandes de dispense ministérielle à l'égard d'une interdiction de territoire. En 2014, l'ASFC a informé le demandeur qu'il lui était impossible de lui donner un échéancier exact concernant la date à laquelle la décision serait rendue au sujet de sa demande de dispense ministérielle.

The CBSA maintained, *inter alia*, that several factors had a direct effect on the processing of the applicant's application, including administrative and policy changes, decisions to remove the MEK from the list of terrorist entities, the decision in *Agraira*, which required the CBSA to make substantial changes to its approach to processing requests for ministerial relief, and amendments to the Act which affected the provisions relating to ministerial relief.

L'ASFC a soutenu, entre autres, que plusieurs facteurs ont eu une incidence directe sur le traitement de la demande du demandeur, en l'occurrence les changements apportés à la gestion et aux politiques, la décision de retirer le MEK de la liste d'entités terroristes, la décision rendue dans l'arrêt *Agraira*, qui a forcé l'ASFC à modifier de manière substantielle son approche relative au traitement des demandes de dispense ministérielle, ainsi que les modifications à la Loi, qui ont eu une incidence sur les dispositions en matière de dispense ministérielle.

At issue was what constitutes a reasonable period of time typically required to process applications for ministerial relief.

Il s'agissait de déterminer ce qui constitue un délai généralement raisonnable pour traiter les demandes de dispense ministérielle.

Held, the application should be granted in part.

Applications for *mandamus* in respect of cases involving delays that result in overall processing times well in excess of 9 months will turn on whether the CBSA has provided a satisfactory justification for the delay. The CBSA's explanation provided a reasonable justification for some of the delay that has been associated with the processing of the applicant's application. A number of the causes for delay were exceptional in nature, and could reasonably be expected to have had a significant impact on the CBSA's processing of applications for ministerial relief. However, the CBSA did not provide a satisfactory justification for all of the delay. A reasonable delay attributable to the internal reorganization would be in the range of 12 to 18 months. At most, one could reasonably attribute a further aggregate delay of 12 to 18 months to the delisting of the MEK. The delay of 45 months in processing the applicant's application since the issuance of *Agraira* was unreasonable, particularly having regard to the delay that took place prior to that point in time. When an application for ministerial relief raises issues of national security, the Court should be reluctant to issue an order of *mandamus* where that might have the effect of aborting or abbreviating an investigation. However, this proposition can only be extended so far, and cannot be relied upon to justify the respondent's position that he should not be subject to any time limits whatsoever, when making determinations under subsection 34(2) of the Act. The respondent does not have a complete *carte blanche* regarding the time available to him to make decisions under subsection 34(2) of the Act. There comes a time when the delay associated with responding to a request for a decision under that provision may well reach the point that it will be appropriate to require the Minister to make a decision within a particular period of time. In such circumstances, the respondent's concerns can be addressed, to a significant degree, by providing an amount of time that will confer sufficient flexibility upon the respondent to balance his other priorities, while also attending to the matter that is the subject of the order of *mandamus*.

The application for an order of *mandamus* was granted, subject to the timelines set forth herein.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1.
Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22, r. 22.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1).

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Les demandes de *mandamus* liées à des cas portant sur des retards qui ont comme conséquence d'étendre la durée totale du traitement bien au-delà de 9 mois dépendent de la question de savoir si l'ASFC a fourni des justifications pouvant expliquer le délai de manière satisfaisante. L'ASFC a offert une explication raisonnable de certains retards liés au traitement de la demande du demandeur. Plusieurs causes de retard étaient de nature exceptionnelle, et il était raisonnable de penser qu'elles pouvaient avoir eu un impact important sur le traitement de demandes de dispense ministérielle par l'ASFC. Cependant, l'ASFC n'a pas justifié de manière satisfaisante tous les retards qui se sont produits. Un délai raisonnable attribuable à la réorganisation interne se situerait entre 12 et 18 mois. Tout au plus, il serait raisonnable d'attribuer un délai supplémentaire totalisant entre 12 et 18 mois au retrait du MEK de la liste d'entités terroristes. Le délai de 45 mois pris pour assurer le traitement de la demande du demandeur depuis la décision rendue dans l'arrêt *Agraira* était déraisonnable, plus précisément compte tenu du retard accusé avant ce moment précis. Lorsqu'une demande de dispense ministérielle soulève des questions de sécurité nationale, la Cour devrait hésiter à rendre une ordonnance de *mandamus* si celle-ci a comme résultat une enquête avortée ou asphyxiée. Toutefois, l'application étendue de cette proposition a des limites, et celle-ci ne saurait servir de fondement à la position du ministre, selon laquelle il ne devrait être assujetti à aucune limite de temps lorsqu'il rend une décision en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi. Le défendeur n'a pas carte blanche en ce qui a trait au temps dont il dispose pour rendre des décisions en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi. À un moment donné, lorsque le délai pour répondre à une demande présentée en vue d'obtenir une décision en vertu de cette disposition a franchi le seuil de ce qui est acceptable, il pourrait s'avérer approprié de forcer le ministre à rendre sa décision dans un délai précis. Dans de telles circonstances, les inquiétudes du défendeur peuvent être prises en considération, dans une large mesure, en prévoyant suffisamment de temps pour lui donner la latitude nécessaire afin de pouvoir équilibrer ses autres priorités, alors qu'il s'occupe également des questions visées par l'ordonnance de *mandamus*.

La demande d'ordonnance de *mandamus* a été accueillie et assujettie au calendrier présenté en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 35(1)b),(2), 42.1(1), 42.1(3).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 35(1)(b),(2), 42.1(1), 42.1(3).

Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22, règle 22.

CASES CITED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 F.C. 742, 1993 CanLII 3004 (C.A.); *Douze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1337, 96 Imm. L.R. (3d) 48; *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 211, 224 D.L.R. (4th) 738; *Kalachnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 777, [2003] F.C.J. No. 1016 (QL); *Esmaeili-Tarki v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 697.

CONSIDERED:

Momenzadeh Tameh v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2008 FC 884, 332 F.T.R. 158; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

REFERRED TO:

Hanano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 998, 39 Imm. L.R. (3d) 5; *Platonov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16104, 192 F.T.R. 260 (F.C.T.D.); *Seyoboka v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1290; *Aghdam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 131, 96 Imm. L.R. (3d) 313.

APPLICATION for an order of *mandamus* to compel the respondent to render a decision in respect of the applicant's request for ministerial relief. Application granted in part.

APPEARANCES

Shane Molyneaux for applicant.
Helen Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Shane Molyneaux, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 C.F. 742, 1993 CanLII 3004 (C.A.); *Douze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1337; *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 211; *Kalachnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 777, [2003] A.C.F. nº 1016 (QL); *Esmaeili-Tarki c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 697.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Momenzadeh Tameh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2008 CF 884; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

DÉCISIONS CITÉES :

Hanano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 998; *Platonov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16104 (C.F. 1re inst.); *Seyoboka c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1290; *Aghdam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 131.

DEMANDE d'ordonnance de *mandamus* visant à forcer le défendeur à rendre une décision concernant la demande de dispense ministérielle du demandeur. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU

Shane Molyneaux pour le demandeur.
Helen Park pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Shane Molyneaux, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

CRAMPTON C.J.:

I. Introduction

[1] Ministers of the Crown are typically very busy people. But they are not so busy that they can take as many years as they see fit to respond to requests made pursuant to validly enacted legislation, by persons seeking determinations that are important to them. At some point, they will have an obligation to provide a response.

[2] The applicant to the present application, Mr. Tameh, initially made a request for permanent resident status in Canada in 1994, after being found to be a Convention refugee earlier that year. However, in August 2001 he was found to be inadmissible due to his past involvement in Mujahedin-e-Kalq (MEK), an organization in his home country of Iran that, until 2012, was listed on Canada's list of terrorist entities for the purposes of Part II.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The immigration counsellor who made that recommendation also recommended that ministerial relief from inadmissibility be granted, pursuant to what was then paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[3] In November 2007, the then Minister of Public Safety, Stockwell Day, decided not to grant that ministerial relief. However, Justice Mactavish set aside that decision and sent it back for redetermination in July 2008, on the ground that the Minister had not been fully apprised of the relevant facts concerning Mr. Tameh's involvement with the MEK (*Momenzadeh Tameh v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 884, 332 F.T.R. 158 (*Tameh*)).

[4] In October 2012, while Mr. Tameh was waiting for that redetermination to be made, he requested that the Minister's decision be postponed until after the Supreme

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

[1] D'une manière générale, les ministres fédéraux sont des personnes très occupées. Mais ils ne sont pas occupés au point de pouvoir prendre autant d'années qu'ils le souhaitent pour répondre à des demandes présentées en vertu d'une loi promulguée en bonne et due forme, par des personnes qui sollicitent des décisions importantes à leurs yeux. À un moment donné, ils devront faire face à l'obligation de produire une réponse.

[2] À l'origine, le demandeur en l'espèce, M. Tameh, a présenté sa demande de résidence permanente au Canada en 1994, après avoir obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention plus tôt cette même année. Cependant, en août 2001, il a été frappé d'une interdiction de territoire en raison de son association avec les Mujahedin-e-Khalq (MEK), une organisation de son pays natal, l'Iran, laquelle, jusqu'en 2012, figurait sur la liste canadienne d'entités terroristes établie pour l'application de la partie II.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le conseiller en immigration qui a fait cette recommandation a également recommandé que la demande présentée en vue d'obtenir une dispense ministérielle à l'égard de son interdiction de territoire soit accordée, en vertu de l'alinéa 19(1)f) [alors en vigueur] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[3] En novembre 2007, le ministre de la Sécurité publique de l'époque, Stockwell Day, a décidé de ne pas accorder la dispense ministérielle. Néanmoins, la juge Mactavish a annulé cette décision et l'a renvoyée pour nouvel examen en juillet 2008, au motif que le ministre n'avait pas été informé de tous les faits pertinents relatifs à la participation de M. Tameh dans le MEK (*Momenzadeh Tameh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 884 (*Tameh*)).

[4] En octobre 2012, alors que M. Tameh attendait le nouvel examen, il a demandé que la décision du ministre soit suspendue jusqu'à ce que la Cour suprême

Court of Canada (S.C.C.) had rendered its decision in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*). That decision was issued in June 2013, close to four years ago.

[5] However, Mr. Tameh continues to wait for a determination to be made in respect of his request for ministerial relief. The Minister takes the position that, because of his many duties and responsibilities, he should not be subject to any timeline whatsoever in rendering his determinations in respect of such requests.

[6] I disagree.

[7] Although the Minister must have considerable latitude in prioritizing his many duties, he must nevertheless respond to requests made for ministerial relief, within a reasonable period of time.

[8] What constitutes "a reasonable period of time" will, to a significant extent, be a function of the particular factual matrix at hand. Based on the evidence adduced in this hearing in respect of the time typically required to process applications for ministerial relief, I consider the initial delay of approximately four years that occurred in the processing of Mr. Tameh's application, between July 2008 and October 2012, to be at the outer limit of what is reasonable in that regard. This outside limit is subject to adjustments for significant delays (beyond the periods given to respond) on the part of persons who have made such requests to the Minister, inordinate delays by third parties who are not subject to the Minister's control, and exceptional circumstances.

[9] Having regard to all of the time that was spent on Mr. Tameh's file prior to the issuance of *Agraira*, above, I consider the additional 45-month delay since the issuance of that decision to be unreasonable. I also find that the balance of convenience favours the issuance of the order of *mandamus* that Mr. Tameh has requested.

[10] Accordingly, and for the additional reasons set forth below, I will issue that order, albeit on the revised

du Canada (C.S.C.) ait rendu sa décision dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*). Cette décision a été rendue en juin 2013, près de quatre années en arrière.

[5] Toutefois, M. Tameh attend toujours qu'une décision soit rendue concernant sa demande de dispense ministérielle. Selon la position du ministre, en raison de ses nombreuses fonctions et responsabilités, il ne devrait, en aucun cas, être assujetti à quelque échéance que ce soit pour rendre ses conclusions concernant de telles demandes.

[6] Je ne partage pas son opinion.

[7] Le ministre doit avoir une latitude importante dans l'établissement de ses priorités, certes; mais il doit tout de même répondre aux demandes de dispense ministérielle dans un délai raisonnable.

[8] Ce que constitue « un délai raisonnable » dépendra, dans une large mesure, du contexte factuel exposé dans chaque cas. Selon la preuve produite dans le cadre de l'audience en ce qui concerne le temps généralement pris pour traiter les demandes de dispense ministérielle, j'estime que le délai initial d'environ quatre ans pris pour traiter la demande de M. Tameh, entre juillet 2008 et octobre 2012, est à la limite extrême de ce qui est acceptable à cet égard. Cette limite est sujette à des ajustements dus à des retards importants (au-delà des périodes de temps pour répondre) de la part de personnes qui ont présenté de telles demandes au ministre, des retards excessifs attribuables à des tiers et qui ne relèvent aucunement du ministre, ainsi qu'à des circonstances exceptionnelles.

[9] Considérant le temps consacré au dossier de M. Tameh avant l'arrêt *Agraira*, précité, j'estime que les 45 mois supplémentaires qui se sont écoulés depuis sont déraisonnables. J'estime également que la prépondérance des inconvénients favorise la délivrance de l'ordonnance de *mandamus* demandée par M. Tameh.

[10] Par conséquent, et pour d'autres motifs établis ci-dessous, je vais rendre cette ordonnance, mais selon

terms that he reached with counsel to the Minister, after I gave counsel guidance at the hearing of this matter on February 27, 2017.

II. Background

[11] Mr. Tameh was a member of the MEK from 1979 to September 1982.

[12] According to an affidavit affirmed by Tracy Vansickle, a manager in the Ministerial Relief Unit (MRU) of Canada Border Services Agency (CBSA), the MEK is an Iranian resistance organization that has sought to overthrow both secular and theocratic regimes in Iran. It has had alliances with the regime of Saddam Hussein in Iraq, the Palestinian Liberation Organization and other Palestinian factions. To achieve its objectives, its past activities have included assassinations, armed attacks, hostage taking, mortar attacks and hit-and-run raids against civilians, government and military personnel and infrastructure, both Iranian and foreign.

[13] Mr. Tameh's evidence, which does not appear to be contested, is that his activities with the MEK included distributing flyers, writing political graffiti on walls, making financial donations, hiding people who were escaping from Iranian authorities, obtaining testimony from political prisoners and participating in spot demonstrations. After becoming a neighbourhood cell leader in May 1982, he went into hiding in September 1982 and was later caught and imprisoned for five years beginning in December 1982.

[14] After being repeatedly harassed and detained by Iranian authorities following his release from prison, Mr. Tameh fled Iran and came to Canada at the end of 1993.

[15] In August 2008, after Justice Mactavish set aside Minister Stockwell Day's decision to refuse relief from inadmissibility to Mr. Tameh, the CBSA provided

les modalités révisées qu'il a établies avec l'avocat du ministre, suivant les instructions que j'avais données à ce dernier lors de l'audience relative à l'espèce, le 27 février 2017.

II. Faits

[11] M. Tameh était un membre du MEK, de 1979 à septembre 1982.

[12] Selon un affidavit confirmé par Tracy Vansickle, une gestionnaire de l'unité des exceptions ministérielles (UEM) de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), le MEK est une organisation de la résistance iranienne qui a tenté de renverser les régimes séculiers et théocratiques en Iran. L'organisation avait formé des alliances avec le régime de Saddam Hussein en Iraq, l'Organisation de libération de la Palestine et d'autres factions de la Palestine. Pour atteindre ses objectifs, l'organisation a notamment eu recours à des assassinats, des attaques armées, des prises d'otages, des attaques au mortier, des raids de tir et esquive contre des civils, du personnel gouvernemental et militaire et contre des infrastructures, à la fois iraniennes et étrangères.

[13] Selon le témoignage de M. Tameh, qui ne semble pas avoir été contesté, ses activités au sein du MEK consistaient notamment à distribuer des dépliants, écrire des graffitis politiques sur les murs, faire des dons financiers, cacher des personnes qui fuyaient les autorités iraniennes, obtenir des témoignages de prisonniers politiques et participer à des manifestations sur place. Après être devenu le dirigeant d'une cellule de voisinage en mai 1982, il est entré dans la clandestinité en septembre 1982 et, plus tard, il a été capturé et emprisonné pendant cinq ans à partir de décembre 1982.

[14] Ayant été détenu et victime de harcèlement par les autorités iraniennes à plusieurs reprises, M. Tameh s'est enfui de l'Iran et est venu au Canada à la fin de l'année 1993.

[15] En août 2008, après que la juge Mactavish a annulé la décision du ministre Stockwell Day qui refusait à M. Tameh sa demande de dispense ministérielle

Mr. Tameh with an opportunity to present further submissions in support of his application.

[16] Those further submissions were provided approximately three weeks later. Mr. Tameh then made further submissions in July 2009, after the European Union removed the MEK from its list of terrorist organizations. He was then advised by the new Minister, Peter Van Loan, that the CBSA would be providing him with a recommendation for decision within the ensuing 18 months.

[17] However, according to Ms. Vansickle, between 2009 and 2011, Mr. Tameh's application was reassigned on multiple occasions to different officers for processing. It was not until September 2012 that the CBSA finally disclosed a draft ministerial relief recommendation to Mr. Tameh. At the time he provided initial comments on the draft in October 2012, he requested that no decision be made on his application until after the S.C.C. rendered its decision in *Agraira*, above.

[18] In December 2012, the Government of Canada made the decision to remove the MEK from its list of terrorist entities. As a result, in February 2013, Mr. Tameh provided further submissions in respect of his application. The CBSA then prepared a final recommendation for the Minister, which it forwarded to the President of the CBSA in May of that year. A few weeks later, the S.C.C. issued its decision in *Agraira*. According to Ms. Vansickle, that decision had the effect of requiring the CBSA to make significant changes to its approach to processing request for ministerial relief from inadmissibility.

[19] In response to an inquiry made by Mr. Tameh in November 2013 regarding the status of his file, the CBSA informed him that his file remained active but that it could not provide a precise timeframe within which a decision would be made on his request for ministerial relief. The CBSA provided similar advice to Mr. Tameh in February 2014.

concernant son interdiction de territoire, l'ASFC a offert à M. Tameh la possibilité de présenter d'autres observations pouvant appuyer sa demande.

[16] Ces observations supplémentaires ont été produites environ trois semaines plus tard. M. Tameh en a produit d'autres en juillet 2009, lorsque l'Union européenne a retiré le MEK de sa liste d'organisations terroristes. Il avait alors reçu un avis du nouveau ministre, Peter Van Loan, indiquant que l'ASFC lui ferait parvenir une recommandation en vue d'une décision à prendre au cours des 18 mois qui suivaient.

[17] Cependant, selon M^me^ Vansickle, entre 2009 et 2011, le traitement de la demande de M. Tameh a été confié à différents agents à maintes reprises. Ce n'est qu'en septembre 2012 que l'ASFC a enfin communiqué un projet de recommandation de dispense ministérielle à M. Tameh. Au moment où il a fourni des commentaires initiaux à l'ébauche en octobre 2012, il a demandé qu'aucune décision ne soit rendue au sujet de sa demande avant que la C.S.C. ne rende sa décision dans l'arrêt *Agraira*, précité.

[18] En décembre 2012, le gouvernement du Canada a décidé de retirer le MEK de sa liste des entités terroristes. Par conséquent, en février 2013, M. Tameh a produit des observations supplémentaires relatives à sa demande. L'ASFC a alors préparé une recommandation finale pour le ministre, qu'elle a acheminé au président de l'ASFC, en mai de l'an dernier. Quelques semaines plus tard, la C.S.C. a rendu sa décision dans l'arrêt *Agraira*. Selon M^me^ Vansickle, cette décision a eu comme conséquence de forcer l'ASFC à modifier considérablement son approche en matière de traitement des demandes de dispense ministérielle à l'égard d'une interdiction de territoire.

[19] En réponse à une demande de renseignement formulée par M. Tameh en novembre 2013 concernant l'état de son dossier, l'ASFC lui a indiqué que son dossier était toujours actif, mais qu'il lui était impossible de lui donner un échéancier exact concernant la date à laquelle la décision serait rendue au sujet de sa demande de dispense ministérielle. Un avis semblable a été donné à M. Tameh par l'ASFC, en février 2014.

[20] On January 20, 2016, Mr. Tameh wrote to the CBSA requesting that a decision be made on his outstanding request for ministerial relief. To date, no such decision has been made in response to his request.

III. Relevant Legislation

[21] The initial finding that Mr. Tameh was inadmissible to Canada was made pursuant to clause 19(1)(f)(iii)(B) of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The contemporaneous recommendation that he be granted ministerial relief from inadmissibility was made pursuant to an exception that was set forth in the post-amble language in paragraph 19(1)(f).

[22] In 2002, paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act* was replaced by paragraph 34(1)(f) and subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Among other things, paragraph 34(1)(f) states that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts that include terrorism.

[23] Minister Stockwell Day's decision to refuse relief from Mr. Tameh's inadmissibility was made pursuant to subsection 34(2) of the IRPA, as it was worded at that time. It appears to be common ground between the parties that Mr. Tameh's application for ministerial relief is to be assessed pursuant to that version of subsection 34(2), which stated:

34 ...

Exception

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[20] Le 20 janvier 2016, M. Tameh a envoyé une lettre à l'ASFC, dans laquelle il demandait qu'une décision soit prise à l'égard de sa demande de dispense ministérielle, toujours en suspens. À ce jour, aucune décision relative à sa demande n'a été prise.

III. Textes législatifs pertinents

[21] La décision rendue initialement, frappant M. Tameh d'interdiction de territoire au Canada, a été rendue en vertu de la division 19(1)f)(iii)(B) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. La recommandation actuelle en faveur d'une dispense ministérielle à l'égard de son interdiction de territoire a été faite en vertu d'une exception établie dans le libellé de la conclusion à l'alinéa 19(1)f).

[22] En 2002, l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration* a été remplacé par l'alinéa 34(1)f) et le paragraphe 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Il est notamment indiqué à l'alinéa 34(1)f) que tout résident permanent ou étranger est interdit de territoire pour des raisons de sécurité dans les cas suivants s'il est membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'actes comprenant, notamment, le terrorisme.

[23] La décision du ministre Stockwell Day de rejeter la demande de dispense ministérielle de M. Tameh à l'égard de son interdiction de territoire a été rendue en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR, comme il était alors formulé. Les parties semblent s'accorder sur le fait que la demande de dispense ministérielle de M. Tameh doit être évaluée en application de cette version du paragraphe 34(2), comme suit :

34 [...]

Exception

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[24] Under the current legislation, pursuant to subsection 42.1(1) of the IRPA, the Minister may, on application by a foreign national, declare that the matters referred to in section 34 (and certain other sections) do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national if they satisfy the Minister that the matter in question is not contrary to the national interest.

[25] Pursuant to subsection 42.1(3) of the IRPA, in determining whether to make a declaration under subsection 42.1(1), the Minister may only take into account national security and public safety considerations, but, in his or her analysis, is not limited to considering the danger that the foreign national presents to the public or the security of Canada.

[26] The full text of the above-mentioned legislative provisions is set forth in Appendix 1 to these reasons.

IV. Assessment

A. *Legal Test*

[27] The decision to grant ministerial relief under subsection 34(2) is highly discretionary (*Tameh*, above, at paragraph 38).

[28] Before the Court will consider exercising its discretion to issue an order of *mandamus* to compel a public authority to make a decision, an applicant must demonstrate the following:

I. There is a public legal duty to act;

II. The duty is owed to the applicant;

III. There is a clear right to performance of that duty. In particular:

A. The applicant has satisfied all the conditions precedent giving rise to the duty, and

[24] Conformément à la loi actuelle, le paragraphe 42.1(1) de la LIPR, précise que le ministre peut, sur demande d'un étranger, déclarer que les faits visés à l'article 34 (et certaines autres dispositions) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de l'étranger si celui-ci le convainc que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.

[25] En vertu du paragraphe 42.1(3) de la LIPR, pour décider s'il fait la déclaration en application du paragraphe 42.1(1), le ministre ne tient compte que de considérations relatives à la sécurité nationale et à la sécurité publique sans toutefois limiter son analyse au fait que l'étranger constitue ou non un danger pour le public ou la sécurité du Canada.

[26] Le libellé complet des dispositions législatives mentionnées ci-dessus est présenté à l'annexe 1 des présents motifs.

IV. Évaluation

A. *Critère juridique*

[27] La décision d'accorder une dispense ministérielle conformément au paragraphe 34(2) de la LIPR est de nature hautement discrétionnaire (*Tameh*, précitée, au paragraphe 38).

[28] Avant que la Cour n'envisage d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de rendre une ordonnance de *mandamus* visant à forcer une autorité publique à rendre une décision, le demandeur doit démontrer ce qui suit :

I. Il existe une obligation légale à caractère public;

II. L'obligation doit exister envers le demandeur;

III. Il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation. Notamment :

A. Le demandeur a satisfait à toutes les conditions préalables donnant naissance à cette obligation;

B. There was (1) a prior demand for performance of the duty, (2) a reasonable time to comply with the demand (unless refused outright), and (3) a subsequent refusal, which can be either expressed or implied, e.g., unreasonable delay;

IV. No adequate remedy is available to the applicant;

V. The order sought will be of some practical value or effect;

VI. There is no equitable bar to the relief sought; and

VII. On the balance of convenience, an order of *mandamus* should issue.

(*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.) [pages 766–769], 1993 CanLII 3004, at paragraph 45; *Douze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1337, 96 Imm. L.R. (3d) 48 (*Douze*), at paragraph 26; *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 211, 224 D.L.R. (4th) 738 (*Dragan*), at paragraph 39; *Kalachnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 777, [2003] F.C.J. No. 1016 (QL) (*Kalachnikov*), at paragraph 11.)

[29] To demonstrate that a delay is unreasonable, an applicant must establish the following three things: (i) that the delay is *prima facie* longer than required by the nature of the process in question, (ii) that the applicant and his counsel are not responsible for the delay, and (iii) that the responsible authority has not provided a satisfactory justification for the delay (*Douze*, above, at paragraph 28; *Dragan*, above, at paragraph 54; *Esmaeili-Tarki v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 697 (*Esmaeili*), at paragraph 10).

[30] What constitutes "a reasonable period of time" will, to a significant extent, be a function of the particular factual matrix at hand. However, the existing jurisprudence can provide some helpful broad guiding parameters (*Esmaeili*, above, at paragraph 11; *Hanano v. Canada*

B. Il y a eu 1) une demande d'exécution de l'obligation, 2) un délai raisonnable a été accordé pour permettre de donner suite à la demande (à moins que celle-ci ait été rejetée sur-le-champ), et 3) il y a eu refus ultérieur, exprès ou implicite, par exemple, un délai déraisonnable;

IV. Le requérant n'a aucun autre recours;

V. L'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique;

VI. En vertu de l'équité, rien n'empêche d'obtenir le redressement demandé;

VII. Selon la balance des inconvénients, une ordonnance de mandamus devrait être rendue.

(*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 [pages 766 à 769], 1993 CanLII 3004 (C.A.), au paragraphe 45; *Douze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1337 (*Douze*), au paragraphe 26; *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 211 (*Dragan*), au paragraphe 39; *Kalachnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 777, [2003] A.C.F. nº 1016 (QL) (*Kalachnikov*), au paragraphe 11.)

[29] Pour démontrer qu'un délai est déraisonnable, un demandeur doit établir les trois éléments suivants : i) que le délai en question est plus long que ne l'exige, à première vue, la nature du processus, ii) que le demandeur et son avocat n'en sont pas responsables, et iii) que l'autorité responsable du délai ne l'a pas justifié de façon satisfaisante (*Douze*, précitée, au paragraphe 28; *Dragan*, précitée, au paragraphe 54; *Esmaeili-Tarki c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 697 (*Esmaeili*), au paragraphe 10).

[30] Ce que constitue une « un délai raisonnable » dépendra essentiellement du contexte factuel de l'affaire. Néanmoins, la jurisprudence actuelle peut fournir certains paramètres d'orientation générale utiles (*Esmaeili*, précitée, au paragraphe 11; *Hanano c. Canada (Ministre*

(Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 998, 39 Imm. L.R. (3d) 5 (*Hanano*), at paragraphs 13–15; *Dragan*, above, at paragraph 55).

B. *Application of the Test to the Present Circumstances*

[31] In applying the test for *mandamus* set forth above to the facts of the present case, Mr. Tameh places significant reliance on *Esmaeili* and *Douze*, above. Both of those cases concerned applications for *mandamus* in respect of requests for ministerial relief. As with the present case, *Esmaeili* concerned a request for ministerial relief under subsection 34(2) in respect of a determination of inadmissibility based on the applicant's membership in the MEK. *Douze* concerned a request for ministerial relief under subsection 35(2), in relation to a finding of inadmissibility pursuant to paragraph 35(1)(b) of the IRPA.

[32] In both *Esmaeili* and *Douze*, above, the Minister appeared to focus his submissions on the absence of any unreasonable delay and on the balance of convenience. The Minister adopts a similar focus in the present case and adds that there are special circumstances that warrant additional time to make an appropriately considered decision. In this latter regard, the Minister maintains that he should not be required to make a decision within any particular time period or before any particular point in time, due to the adverse impact that this might have on the national security aspect of his determination.

(1) Duty to Act and Duty Owed to Mr. Tameh

[33] Relying on *Esmaeili*, above, at paragraphs 9–10, Mr. Tameh asserts that the Minister has a public duty to render a decision on requests for ministerial relief and that such a duty is owed to him because he made such a request.

de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 998 (*Hanano*), aux paragraphes 13 à 15; *Dragan*, précitée, au paragraphe 55).

B. *Application des critères aux circonstances en l'espèce*

[31] Dans son application des critères relatifs au *mandamus*, établis ci-dessus, aux faits en l'espèce, M. Tameh s'appuie de manière significative sur les décisions *Esmaeili* et *Douze*, précitées. Dans ces deux cas il était question de demandes de *mandamus* à l'égard de demandes de dispense ministérielle. Comme en l'espèce, la décision *Esmaeili* portait sur une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du paragraphe 34(2) à l'égard d'une décision d'interdiction de territoire fondée sur le fait que le demandeur avait été membre du MEK. Dans la décision *Douze* il était question d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du paragraphe 35(2), relative à une conclusion d'interdiction de territoire conformément à l'alinéa 35(1)b) de la LIPR.

[32] Autant dans la décision *Esmaeili* que dans la décision *Douze*, précitées, les observations du ministre semblaient porter principalement sur l'absence de retard déraisonnable et sur la prépondérance des inconvénients. À l'instar de ces décisions, le ministre accorde la même importance à ces éléments en l'espèce, et il ajoute que dans certaines situations particulières, il est justifié de prendre plus de temps pour rendre une décision adéquatement pesée. En ce qui a trait à ce dernier élément, le ministre soutient qu'il ne devrait pas être tenu de rendre une décision à l'intérieur d'une période de temps donnée ou avant un moment précis, en raison de l'incidence que sa conclusion pourrait avoir sur la sécurité nationale.

1) Le devoir d'agir et l'obligation envers M. Tameh

[33] S'appuyant sur la décision *Esmaeili*, précitée, aux paragraphes 9 et 10, M. Tameh affirme que le ministre a l'obligation publique de rendre une décision à l'égard des demandes de dispense ministérielle, et que ce droit lui est conféré du fait qu'il a présenté une demande.

[34] I agree, although I note that in *Esmaeili*, above, the Minister did not contest that these two conditions were met. It appears that the Minister adopted a similar position in *Douze*, above, at paragraph 27. Likewise, the Minister in the present case does not appear to contest either that there is a public duty to act in respect of requests for ministerial relief under subsection 34(2), or that he owes a duty to provide a response to the request that has been made by Mr. Tameh.

(2) Right to Performance of the Duty

[35] The parties' submissions with respect to this precondition to the issuance of a *mandamus* order focus on whether there has been an unreasonable delay by the Minister in responding to Mr. Tameh's request for ministerial relief.

[36] Mr. Tameh notes that it has been now well over eight years since Justice Mactavish set aside the Minister's initial refusal to grant him ministerial relief and remitted the matter to the Minister for redetermination.

[37] He acknowledges that, in October 2012, he requested that the Minister's decision be postponed until after the S.C.C. had rendered its decision in *Agraira*, above. However, he notes that the S.C.C. issued its decision in that case approximately eight months later, in June 2013, which is now almost four years ago. He maintains that he is not responsible for any other delay that has occurred in the processing of his request.

[38] The Minister responds that there is no evidence that he has refused to perform a duty. He maintains that the MRU continues to process Mr. Tameh's application for ministerial relief.

[39] To justify the time that it has taken so far to process that application, the Minister relies on the complex nature of the assessment procedure. Among other things, the steps involved include: research and collecting data, preparing a draft recommendation to the Minister,

[34] Je partage cet avis, bien que je souligne que dans la décision *Esmaeili*, précitée, le ministre n'a pas contesté que ces deux conditions étaient satisfaites. Le ministre semble avoir adopté une position similaire dans la décision *Douze*, précitée, au paragraphe 27. De même, le ministre en l'espèce ne semble contester ni l'obligation publique à l'égard de demandes de dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2), ni l'obligation de fournir une réponse relative à la demande de M. Tameh.

2) Obligation légale d'agir

[35] Les observations des parties relatives à une condition préalable à la délivrance d'une ordonnance de *mandamus* portent essentiellement sur la question de savoir si le délai pris par le ministre pour répondre à la demande de dispense ministérielle présentée par M. Tameh était déraisonnable.

[36] M. Tameh fait remarquer plus de huit années se sont maintenant écoulées depuis que la juge Mactavish a annulé le refus initial de lui accorder sa dispense ministérielle et qu'elle a renvoyé l'affaire au ministre pour nouvel examen.

[37] Il reconnaît qu'en octobre 2012, il demandé que la décision du ministre soit reportée jusqu'à ce que la C.S.C. rende sa décision dans l'arrêt *Agraira*, précité. Cependant, il souligne que la C.S.C. a rendu sa décision dans cette affaire environ huit mois plus tard, en juin 2013, c'est-à-dire environ quatre années en arrière. Il soutient qu'aucun autre retard accusé lors du traitement de sa demande ne peut lui être attribué.

[38] Pour sa part, le ministre répond qu'il n'existe aucun élément de preuve soutenant qu'il a manqué à son devoir. Il soutient que le traitement par l'UEM de la demande de dispense ministérielle présentée par M. Tameh est toujours en cours.

[39] Le ministre attribue le temps considérable pour assurer le traitement de cette demande à la nature complexe de la procédure d'évaluation. Notamment, les étapes consistent à : effectuer des recherches et recueillir les données, préparer un projet de recommandation

disclosing it to the applicant for submissions, reviewing the applicant submissions and reassessing the recommendation in light of those submissions, revising the recommendation if necessary, senior-level review of the recommendation within the CBSA, further review by the President of the CBSA, and submission of the recommendation with supporting documentation to the Minister for a decision.

[40] However, in her affidavit, Ms. Vansickle notes that, from start to finish, the process described immediately above typically takes approximately nine months. This does not include the period that a file remains in the ministerial relief inventory, which I understand to mean the time after a recommendation has been forwarded to the Minister for consideration, following the completion of the various steps described at paragraph 39 above.

[41] Ms. Vansickle adds that the process of preparing a ministerial recommendation can take much longer where there are complicating factors, such as delays by partner agencies or an applicant in responding to requests for information, repeated submissions or novel arguments made by the applicant, new jurisprudence that has a bearing on a case, or the need to disclose an updated recommendation to the applicant. Given that such factors will often be at play, it is reasonable to expect that the CBSA may often reasonably require significantly more than nine months to prepare a recommendation for the Minister's consideration.

[42] In other words, some delays that result in overall processing times well in excess of nine months may not be *prima facie* longer than what is required by the nature of the process. I expect that applications for *mandamus* in respect of cases involving such delays will turn on whether the CBSA has provided a satisfactory justification for the delay.

au ministre, le communiquer au demandeur à des fins d'observations, examiner les observations du demandeur et réévaluer la recommandation à la lumière desdites observations, examiner la recommandation au besoin, examiner la recommandation à l'échelon supérieur au sein de l'ASFC, la faire examiner par le président de l'ASFC, et déposer la recommandation et les documents à l'appui au ministre en vue de sa décision.

[40] Cependant, dans son affidavit, M^me^ Vansickle souligne que le processus décrit dans les lignes qui précèdent prend généralement neuf mois, du début jusqu'à la fin. Ceci ne comprend pas la période au cours de laquelle un dossier demeure dans l'inventaire des demandes de dispense ministérielle, ce qui, selon ma compréhension, signifie le temps suivant l'acheminement d'une recommandation au ministre pour examen, une fois que les diverses étapes décrites au paragraphe 39 ci-dessus ont été franchies.

[41] M^me^ Vansickle ajoute que le processus de préparation d'une recommandation ministérielle peut prendre encore plus de temps lorsque des facteurs de complication entrent en jeu, comme des retards attribuables à des organisations partenaires ou à un demandeur lors de sa réponse à des demandes de renseignements, des observations répétées ou à de nouveaux arguments soulevés par le demandeur, une jurisprudence récente qui a une incidence sur une affaire donnée, ou l'obligation de divulguer une recommandation mise à jour au demandeur. Puisque la présence de tels facteurs est très fréquente, il est raisonnable de s'attendre à ce que l'ASFC ait besoin de bien plus de neuf mois pour préparer une recommandation à des fins d'examen par le ministre.

[42] En d'autres mots, certains retards qui ont comme conséquence d'étendre la durée totale du traitement bien au-delà de neuf mois peuvent, à première vue, ne pas être plus longs que ce qui est naturellement exigé par le processus. Je m'attends à ce que des demandes de *mandamus* liées à des cas portant sur de tels retards dépendent de la question de savoir si l'ASFC a fourni des justifications pouvant expliquer le délai de manière satisfaisante.

[43] In the present case, Ms. Vansickle maintains that the factors identified above, together with other factors, had a direct effect on the processing of Mr. Tameh's application. Among other things, administrative and policy changes occurred that included an internal reorganization which resulted in the creation of the MRU. In addition, there were decisions by the European Union and the Government of Canada to remove the MEK from the list of terrorist entities, decisions by the Federal Court of Appeal (F.C.A.) and the S.C.C. in *Agraira*, above, and amendments to the IRPA which affected the provisions relating to ministerial relief.

[44] Moreover, the S.C.C.'s decision in *Agraira*, above, had the effect of requiring the CBSA to make substantial changes to its approach to processing requests for ministerial relief. Further time was then required to consider Mr. Tameh's submissions regarding the impact of the delisting of the MEK as a terrorist entity, by both the European Union and the Government of Canada.

[45] Ms. Vansickle also notes that the CBSA's focus in the immediate aftermath of the issuance of *Agraira*, above, was on reassessing ministerial relief decisions that had been pending before this Court. More recently, the CBSA has turned its attention to assessing other cases in its inventory, including Mr. Tameh's application, which currently is at an advanced stage of processing.

[46] In my view, Ms. Vansickle's explanation provides a reasonable justification for some of the delay that has been associated with the processing of Mr. Tameh's application. A number of the causes for delay identified by Ms. Vansickle were exceptional in nature, and can reasonably be expected to have had a significant impact on the CBSA's processing of applications for ministerial relief. These included the internal reorganization that took place in 2008, following a number of decisions of this Court, the delisting of the MEK from the lists of terrorist entities in the European Union and Canada, and the issuance of decisions by the F.C.A. and the S.C.C. in *Agraira*, above.

[43] En l'espèce, M^me^ Vansickle soutient que les facteurs mentionnés précédemment, considérés avec l'ensemble des autres facteurs, ont eu une incidence directe sur le traitement de la demande de M. Tameh. En l'occurrence, des changements ont été apportés à la gestion et aux politiques, qui comprenaient, notamment, une réorganisation interne qui a mené à la création de l'UEM. Notons également les décisions de l'Union européenne et du Canada de retirer le MEK de la liste d'entités terroristes, les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) et la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité, ainsi que des modifications à la LIPR, qui ont eu une incidence sur les dispositions en matière de dispense ministérielle.

[44] Qui plus est, la décision de la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité, a forcé l'ASFC à modifier de manière substantielle son approche relative au traitement des demandes de dispense ministérielle. Il fallait donc plus de temps pour examiner les observations de Mr. Tameh concernant la conséquence du retrait du MEK de la liste des entités terroristes par l'Union européenne et par le gouvernement canadien.

[45] M^me^ Vansickle souligne également que la préoccupation première de l'ASFC immédiatement après la décision rendue dans l'arrêt *Agraira*, précité, était de réévaluer les décisions relatives à la dispense ministérielle qui avaient été laissées en suspens devant notre Cour. Plus récemment, l'ASFC s'est penchée sur l'examen d'autres affaires de son inventaire, dont la demande de M. Tameh, qui se trouve actuellement à une étape avancée du traitement.

[46] J'estime que l'explication de M^me^ Vansickle offre une explication raisonnable de certains retards liés au traitement de la demande de M. Tameh. Plusieurs causes de retard identifiées par M^me^ Vansickle étaient de nature exceptionnelle, et il est raisonnable de penser qu'elles puissent avoir eu un impact important sur le traitement de demandes de dispense ministérielle par l'ASFC. À cet égard, mentionnons, notamment, la réorganisation interne effectuée en 2008, suite à plusieurs décisions rendues par notre Cour, le retrait du MEK des listes d'entités terroristes au sein de l'Union européenne et au Canada, ainsi que les décisions rendues par la C.A.F. et la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité.

[47] However, even those exceptional developments, collectively and together with the other reasons for delay that were advanced by Ms. Vansickle, do not provide a satisfactory justification for all of the delay that has occurred in the processing of Mr. Tameh's application. This is so whether one starts to count from the date when Justice Mactavish sent the matter back to the Minister for reconsideration, well over eight years ago, or from the date when the S.C.C. issued its decision in *Agraira*, above, which is now almost four years ago.

[48] In my view, a reasonable delay attributable to the internal reorganization would be in the range of 12–18 months. At most, one could reasonably attribute a further aggregate delay of 12–18 months to the delisting of the MEK from the lists of terrorist entities in the European Union and in Canada.

[49] It follows that, at best, those developments, together with time taken to review additional submissions made by Mr. Tameh in respect of those developments, simply provide a reasonable explanation for why no decision had been taken with respect to Mr. Tameh's request for ministerial relief by December 2012. I recognize that a further complicating factor was that, in October 2012, Mr. Tameh requested that no decision be taken on his application until after the S.C.C. issued its decision in *Agraira*, which occurred in June 2013. That eight-month delay appears to have been the only delay in the entire history of his application for which he was responsible.

[50] Given that the S.C.C.'s decision in *Agraira*, above, at paragraph 87, expanded the factors that may be relevant to the Minister's determination of what is in the "national interest" for the purposes of subsection 34(2), it is understandable how this might reasonably have given rise to further significant delays in the processing of Mr. Tameh's application under that provision, after June 2013.

[51] However, the modification to the law brought about by the issuance of that decision does not provide

[47] Néanmoins, même ces événements particuliers, collectivement et conjointement avec les autres motifs de retard mis en l'avant par M^me^ Vansickle, ne peuvent justifier de manière satisfaisante tous les retards qui se sont produits dans le traitement de la demande de M. Tameh. Tel est le cas, que l'on commence à compter à partir du jour où la juge Mactavish a renvoyé l'affaire au ministre à des fins de réexamen plus de huit ans en arrière, ou que l'on compte à partir de la date de la décision rendue par la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité, c'est-à-dire presque quatre ans en arrière.

[48] À mon avis, un délai raisonnable attribuable à la réorganisation interne se situerait entre 12 et 18 mois. Tout au plus, il serait raisonnable d'attribuer un délai supplémentaire totalisant entre 12 et 18 mois au retrait du MEK de la liste d'entités terroristes au sein de l'Union européenne et au Canada.

[49] Il s'ensuit qu'au mieux, ces événements, conjointement avec le temps pris pour examiner les observations supplémentaires présentées par M. Tameh concernant ces événements, constituent une simple explication raisonnable justifiant pourquoi une décision n'avait toujours pas été rendue en décembre 2012 en ce qui a trait à la demande de dispense ministérielle de M. Tameh. Je reconnais que la demande de M. Tameh en octobre 2012 sollicitant qu'aucune décision ne soit prise à l'égard de sa demande avant que la décision de la C.S.C. soit rendue dans l'arrêt *Agraira*, en juin 2013, a été un facteur de complication. Ce retard de huit mois semble avoir été le seul retard qui puisse lui être attribué dans l'ensemble de l'historique de sa demande.

[50] Considérant que la décision rendue par la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité, au paragraphe 87, a élargi l'éventail des facteurs qui peuvent s'avérer pertinents à l'égard de la détermination du contenu de l'« intérêt national » pour les besoins de la mise en œuvre du paragraphe 34(2), il est compréhensible que d'autres retards considérables dans le traitement de la demande de M. Tameh en vertu de cette disposition en aient découlé, après juin 2013.

[51] Néanmoins, l'évolution du droit engendrée par cette décision ne constitue pas une justification raisonnable du

a reasonable justification for the delay of 45 months that has occurred since June 2013, particularly given all of the work that had been done on Mr. Tameh's application prior to that point in time.

[52] Although the reasonableness of a delay will, to a significant extent, be a function of the particular factual matrix that exists in a given case, the jurisprudence can provide some helpful broad guiding parameters (*Esmaeili*, above, at paragraph 11; *Hanano*, above, at paragraphs 13–15; *Dragan*, above, at paragraph 55; *Platonov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16104, 192 F.T.R. 260 (F.C.T.D.), at paragraph 10).

[53] In *Esmaeili*, above, at paragraph 15, a delay of five years after the applicant's request for ministerial relief under subsection 34(2) of the IRPA had been remitted to the Minister for redetermination was found to be unreasonable. In *Douze*, above, at paragraphs 31–33, a similar finding was made in respect of a delay of almost three years in processing a request for ministerial relief under subsection 35(2).

[54] In other contexts, delays in the range of two to four and a half years that were incurred in the processing of requests for citizenship or permanent residence in Canada were found to be unreasonable, notwithstanding the need to conduct background checks or assessments related to national security: (see cases reviewed in *Dragan*, above, at paragraphs 49–58; and in *Hanano*, above, at paragraphs 15–16). I recognize that the particular statutory provisions that provided the framework for the analysis in those cases was sufficiently different from subsections 34(2) and 35(2) of the IRPA as to render them less helpful for the present purposes.

[55] Nevertheless, the jurisprudence referred to above provides broad support for my view that the delay of 45 months in processing Mr. Tameh's application since the issuance of *Agraira*, above, has become unreasonable, particularly having regard to the delay that took

délai de 45 mois qui se sont écoulés depuis juin 2013, particulièrement en considérant tout le travail qui avait déjà été fait à l'égard de la demande de M. Tameh.

[52] Bien que le caractère raisonnable du retard sera, dans une large mesure, fonction d'un contexte factuel donné, la jurisprudence peut fournir des paramètres utiles (*Esmaeili*, précitée, au paragraphe 11; *Hanano*, précitée, aux paragraphes 13 à 15; *Dragan*, précitée, au paragraphe 55; *Platonov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16104 (C.F. 1re inst.), au paragraphe 10.

[53] Dans la décision *Esmaeili*, précitée, au paragraphe 15, un délai de cinq ans suivant la présentation d'une demande de dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR renvoyée au ministre pour nouvel examen avait été jugé déraisonnable. Dans la décision *Douze*, précitée, aux paragraphes 31 à 33, une conclusion similaire a été tirée dans le cas d'un délai de presque trois ans dans le traitement d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du paragraphe 35(2).

[54] Dans d'autres contextes, des délais variant entre deux ans et quatre ans et demi accusés lors du traitement de demandes de citoyenneté ou de résidence permanente au Canada ont été jugés comme déraisonnables, en dépit de l'obligation d'effectuer une vérification des antécédents des demandeurs ou des évaluations liées à la sécurité nationale : (voir les décisions qui ont fait l'objet d'un nouvel examen dans *Dragan*, précitée, aux paragraphes 49 à 58; et dans *Hanano*, précitée, aux paragraphes 15 et 16). Je reconnais que les dispositions législatives qui ont précisément fourni le cadre d'analyse dans ces cas se distinguaient suffisamment des paragraphes 34(2) et 35(2) de la LIRP pour en diminuer l'utilité aux fins de la présente affaire.

[55] Quoi qu'il en soit, la jurisprudence évoquée ci-dessus appuie en grande partie ma position selon laquelle le délai de 45 mois pris pour assurer le traitement de la demande de M. Tameh depuis la décision rendue dans l'arrêt *Agraira*, précité, est devenu déraisonnable,

place prior to that point in time. I hasten to add that, in some cases, a delay of less than this period of time can be unreasonable, depending on the "complicating factors" and whether the applicant has been responsible for any delay, beyond the period of time that he or she may have been given to respond to the CBSA.

[56] My view that the delay, post-*Agraira*, that has been incurred in processing Mr. Tameh's application has become unreasonable is supported by evidence tendered in this proceeding. As I have already noted, Ms. Vansickle stated that the process of preparing a final recommendation to the Minister "takes approximately nine months" from start to finish, subject to "complicating factors". Such factors appear to have been present in relation to Minister Stockwell Day's initial determination of Mr. Tameh's application, yet that determination was made approximately 26 months after the CBSA's first recommendation was sent to Mr. Tameh, in August 2005. The complicating factors then appeared to have temporarily diminished after Justice Mactavish remitted Mr. Tameh's application to the Minister in July 2008, because Mr. Tameh was informed by the new Minister in September 2009 that the CBSA would be providing a new recommendation to him for a decision "within the next 18 months". As it turned out, the new recommendation ultimately was given to Mr. Tameh for his comments in September 2012, slightly more than four years after the date of Justice Mactavish's judgment.

[57] Having regard to all of the foregoing, I consider that period of time from July 2008 to September 2012 to have been at the outer limit of what was reasonable in the circumstances described at paragraphs 40–51. Given the nature of the exceptional circumstances that intervened and impacted upon Mr. Tameh's application during that period, it is difficult to conceive of circumstances that could result in a longer processing delay being reasonable, particularly given Ms. Vansickle's evidence that the process typically takes approximately nine months "from start to finish".

plus précisément compte tenu du retard accusé avant ce moment précis. Je précise tout de suite que, dans certains cas, un retard plus court que celui dont il est question ici pourrait être déraisonnable, selon les « facteurs de complication » et si le délai est attribuable au demandeur, qui n'aurait pas répondu à l'ASFC dans le délai prévu à cet effet.

[56] Ma position selon laquelle le retard, à la suite de l'arrêt *Agraira*, accusé dans le traitement de la demande de M. Tameh soit devenu déraisonnable, est appuyée par la preuve présentée dans l'espèce. Comme je l'ai déjà indiqué, M^me^ Vansickle a déclaré que le processus de préparation d'une recommandation finale au ministre « prend environ neuf mois » du début jusqu'à la fin, selon les « facteurs de complication ». De tels facteurs semblent avoir été présents dans la conclusion initiale tirée par le ministre Stockwell Day à l'égard de la demande de M. Tameh, pourtant cette conclusion a été tirée environ 26 mois après que la première recommandation de l'ASFC a été envoyée à M. Tameh, en août 2005. Les facteurs de complication semblaient alors avoir diminué temporairement après que la juge Mactavish a renvoyé la demande de M. Tameh au ministre, en juillet 2008, puisque M. Tameh avait été avisé par le nouveau ministre, en septembre 2009, que l'ASFC allait lui présenter une nouvelle recommandation en vue d'une décision « dans les 18 prochains mois ». Finalement, la nouvelle recommandation a, en fin de compte, été communiquée à M. Tameh à des fins de commentaires en septembre 2012, à peine plus de quatre ans après la date du jugement rendu par la juge Mactavish.

[57] Compte tenu de tout ce qui précède, je considère que la période de temps écoulée entre juillet 2008 et septembre 2012 se situait à la limite de ce qui est raisonnablement acceptable dans les circonstances décrites aux paragraphes 40 à 51. Compte tenu de la nature des circonstances exceptionnelles qui ont eu une incidence et des conséquences sur la demande de M. Tameh durant cette période, il est difficile d'envisager des circonstances qui auraient pu raisonnablement entraîner un plus long délai, plus particulièrement à la lumière du témoignage de M^me^ Vansickle indiquant que, de façon générale, le processus prend environ neuf mois « du début jusqu'à la fin ».

[58] However, I consider that the additional delay of 45 months that has now elapsed since the issuance of the S.C.C.'s decision in *Agraira*, above, is unreasonable, notwithstanding the impact that that decision had on the CBSA's processing of requests for ministerial relief. Stated differently, I find that the Minister has not provided a satisfactory justification for that additional delay.

[59] I accept the Minister's general proposition that, when an application for ministerial relief raises issues of national security, the Court should be reluctant to issue an order of *mandamus* where that might have the effect of aborting or abbreviating an investigation (*Seyoboka v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1290, at paragraph 9). However, this proposition can only be extended so far, and cannot be relied upon to justify the Minister's position that he should not be subject to any time limits whatsoever, when making determinations under subsection 34(2). In some circumstances, the delay associated with processing a particular application may well reach the point where an order of *mandamus* will be entirely appropriate in the circumstances.

(3) Availability of an Adequate Remedy

[60] In the absence of any submissions from the Minister on this issue, I accept Mr. Tameh's position that there is no alternative remedy available to him to obtain relief from the determination that he is inadmissible to Canada.

(4) Practical Value or Effect of an Order of *Mandamus*

[61] Mr. Tameh submits that an order of *mandamus* will require the Minister to make a determination that has the potential to be of very real practical value to him. Specifically, he states that as a Convention refugee whose application for permanent residence was refused, he remains at risk of being removed from Canada. In addition, he currently has no unqualified right to exit from and then return to this country. Moreover, his

[58] Néanmoins, je considère que le retard supplémentaire de 45 mois qui s'est maintenant écoulé depuis la décision rendue par la C.S.C. dans l'arrêt *Agraira*, précité, est déraisonnable, indépendamment de l'impact que la décision a eu sur le traitement des demandes de dispense ministérielle par l'ASFC. En d'autres termes, je conclus que le ministre n'a pas justifié adéquatement le délai supplémentaire.

[59] J'accepte la proposition générale du ministre selon laquelle, lorsqu'une demande de dispense ministérielle soulève des questions de sécurité nationale, la Cour devrait hésiter à rendre une ordonnance de *mandamus* si celle-ci a comme résultat une enquête avortée ou asphyxiée (*Seyoboka c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1290, au paragraphe 9). Toutefois, l'application étendue de cette proposition a des limites, et celle-ci ne saurait servir de fondement à la position du ministre, selon laquelle il ne devrait être assujetti à aucune limite de temps lorsqu'il rend une décision en vertu du paragraphe 34(2). Dans certaines circonstances, le délai requis pour le traitement d'une demande particulière pourrait bien s'étendre au point qu'il puisse être tout à fait justifié de rendre une ordonnance de *mandamus* dans les circonstances de l'affaire.

3) Possibilité d'un recours adéquat

[60] En l'absence de toute observation de la part du ministre sur ce point, j'accepte la position de M. Tameh voulant qu'il n'existe aucun autre recours lui permettant d'obtenir une dispense de la décision à l'égard de son interdiction de territoire au Canada.

4) Incidence d'une ordonnance de *mandamus* sur le plan pratique

[61] M. Tameh soutient que, si une ordonnance de *mandamus* est rendue, le ministre sera tenu de rendre une décision qui pourrait avoir une réelle incidence sur le plan pratique pour lui. Plus précisément, il indique qu'en tant que réfugié au sens de la Convention dont la demande de résidence permanente a été rejetée, il risque le renvoi du Canada. De plus, il ne dispose actuellement d'aucun droit absolu lui permettant de quitter ce

pathway to permanent residence and citizenship, and the benefits that they confer, is also effectively foreclosed at the present time. If the Minister makes a positive determination in respect of his application for relief under subsection 34(2), the pathway to such potential status will be open to him.

[62] In response, the Minister states that Mr. Tameh enjoys the right to remain in Canada permanently because of the principle of non-refoulement, and that he may work, attend school, and access certain health and other social benefits.

[63] I am satisfied that notwithstanding these various benefits identified by the Minister, an order of *mandamus* has the potential to be of very real practical value to Mr. Tameh, including with respect to the pathway that a positive determination by the Minister will open to the possibility for him to obtain permanent residence and, perhaps eventually, citizenship in this country.

(5) Absence of any Equitable Bar to the Relief Sought

[64] The Minister has not identified any equitable bar to the order of *mandamus* that Mr. Tameh has sought.

(6) The Balance of Convenience

[65] The Minister submits that the balance of convenience does not favour a grant of *mandamus*.

[66] In this regard, the Minister relies primarily on the fact that he has a broad range of duties and responsibilities, many of which are critical to the national security of Canada. Among other things, he notes that he has sole responsibility for over 15 Acts, and, with his agencies, he administers over 130 Acts, in whole or in part. He submits that he should be left with the flexibility to prioritize his many duties as he considers appropriate, and that requiring him to make a decision within a certain period of time may cause him to divert his attention

pays et d'y retourner par la suite. Qui plus est, en ce qui le concerne, le chemin de la résidence permanente et de la citoyenneté, et des avantages qui en découlent, lui est également interdit dans les faits à l'heure actuelle. Si le ministre rend une décision favorable à l'égard de sa demande de dispense en vertu du paragraphe 34(2), la voie lui donnant potentiellement droit à un tel statut lui sera ouverte.

[62] En réponse, le ministre indique que M. Tameh est autorisé à demeurer au Canada de façon permanente en vertu du principe de non-refoulement, et qu'il peut travailler, faire des études et être admissible à certaines prestations de maladie ou d'avantages sociaux.

[63] Je suis convaincu qu'indépendamment de ces divers avantages soulevés par le ministre, une ordonnance de *mandamus* pourrait avoir une réelle incidence sur le plan pratique pour M. Tameh, notamment, en lui ouvrant la voie de l'obtention d'une éventuelle résidence permanente et, possiblement, à la longue, de la citoyenneté dans ce pays.

5) Aucun empêchement à l'obtention du redressement demandé en vertu de l'équité

[64] Le ministre n'a démontré aucun élément empêchant d'obtenir, en vertu de l'équité, l'ordonnance de *mandamus* demandée par M. Tameh.

6) La balance des inconvénients

[65] Le ministre soutient que, considérant la balance des inconvénients, le *mandamus* ne devrait pas être accordé.

[66] À cet égard, le ministre s'appuie essentiellement sur le fait qu'il a un large éventail de fonctions et de responsabilités, dont plusieurs sont essentielles à la sécurité nationale du Canada. Notamment, il souligne être responsable de plus de 15 lois, et que, en conjonction avec ses organismes, il gère plus de 130 lois, en totalité ou en partie. Il soutient qu'il devrait pouvoir être libre d'établir ses priorités à l'égard de ses multiples fonctions selon son bon jugement et que, s'il était tenu de rendre ses décisions dans un délai précis, il pourrait

away from an emergency situation. Alternatively, he states that this could negatively impact on other decisions for which he is personally responsible.

[67] I am sympathetic, to a point, with the Minister's submissions. However, they do not, individually or collectively, justify his position that he must have a complete *carte blanche* regarding the time available to him to make decisions under subsection 34(2) of the IRPA. There comes a time when the delay associated with responding to a request for a decision under that provision may well reach the point that it will be appropriate to require the Minister to make a decision within a particular period of time.

[68] In such circumstances, the Minister's concerns can be addressed, to a significant degree, by providing an amount of time that will confer sufficient flexibility upon the Minister to balance his other priorities, while also attending to the matter that is the subject of the order of *mandamus* (*Kalachnikov*, above, at paragraph 24).

[69] In his written submissions, the Minister stated that the CBSA was prepared to agree to complete and share with Mr. Tameh a draft ministerial recommendation within three months of the date of an order of this court granting this application on consent of the parties. The Minister added that Mr. Tameh would then be given a further two months to provide submissions on that draft recommendation. Within an additional three months, the CBSA would then provide the final ministerial relief recommendation to the Minister, unless the CBSA's amendments in response to Mr. Tameh's submissions necessitated further disclosure to him. In the latter case, the two and three-month timeframes mentioned above would again apply, effectively adding another five months to the process. However, no position was advanced regarding the time within which the Minister would be required to make a determination, after receiving the draft recommendation from the CBSA.

devoir porter son attention ailleurs que sur des situations urgentes. À titre subsidiaire, il déclare que cette situation pourrait avoir une incidence négative sur d'autres décisions qu'il lui incombe de rendre.

[67] Dans une certaine mesure, je ne suis pas indifférent aux observations du ministre. Cependant, elles ne justifient aucunement, ni individuellement ni collectivement, sa position selon laquelle il doit absolument avoir *carte blanche* en ce qui a trait au temps dont il dispose pour rendre des décisions en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR. À un moment donné, lorsque le délai pour répondre à une demande présentée en vue d'obtenir une décision en vertu de cette disposition a franchi le seuil de ce qui est acceptable, il pourrait s'avérer approprié de forcer le ministre à rendre sa décision dans un délai précis.

[68] Dans de telles circonstances, les inquiétudes du ministre peuvent être prises en considération, dans une large mesure, en prévoyant suffisamment de temps au ministre pour lui donner la latitude nécessaire afin de pouvoir équilibrer ses autres priorités, alors qu'il s'occupe également des questions visées par l'ordonnance de *mandamus* (*Kalachnikov*, précitée, au paragraphe 24).

[69] Dans ses observations écrites, le ministre a indiqué que l'ASFC était disposée à consentir à terminer un projet de recommandation ministérielle et de le partager avec M. Tameh dans les trois mois suivant la date de l'ordonnance rendue par notre Cour, accueillant la présente demande sur consentement des parties. Le ministre a ajouté que M. Tameh disposerait alors de deux mois supplémentaires pour présenter ses observations à l'égard du projet de recommandation. Dans les trois mois supplémentaires qui suivraient, l'ASFC produirait alors la dernière recommandation relative à la dispense ministérielle au ministre, à moins qu'en raison des modifications apportées par l'ASFC en réponse aux observations de M. Tameh, il soit nécessaire de communiquer d'autres renseignements à ce dernier. Dans ce dernier cas, les délais de deux et trois mois mentionnés ci-dessus s'appliqueraient à nouveau, ce qui, dans les faits, aurait comme conséquence d'ajouter cinq mois au processus. Néanmoins, personne ne s'est prononcé en ce qui a trait au délai à l'intérieur duquel le ministre

[70] At the hearing of this application, I suggested that the above-described timeframe of five to eight months was not reasonable in the circumstances, particularly having regard to the delay that has already occurred and to the fact that the Minister would not be required to make a decision within any particular period of time. In response, counsel reduced the initial three-month period set forth above to 30 days. However, counsel to the Minister steadfastly opposed the imposition of any timeframe on the Minister for making a determination, once the file had been forwarded to him by the CBSA.

[71] In response, I requested counsel to the Minister to seek instructions with respect to a more reasonable period of time within which the CBSA's recommendation would be forwarded to the Minister, and within which the Minister would then make a decision.

[72] Ultimately, after the hearing, counsel to the Minister and counsel to Mr. Tameh agreed to the following timetable:

i. Within 30 days of the date of the Court's order, the CBSA will disclose the draft ministerial relief recommendation to Mr. Tameh.

ii. Mr. Tameh will then have 30 days from the date of disclosure of the draft recommendation to him, within which to provide any submissions thereon to the CBSA.

iii. The President of the CBSA will then provide the draft recommendation, together with Mr. Tameh's submissions, to the Minister within 60 days of the receipt of those submissions. Alternatively, in the event that the CBSA's amendments to the recommendation in response to Mr. Tameh's submissions necessitate further disclosure to him, the CBSA will provide an updated recommendation to Mr. Tameh within 45 days of the receipt

serait tenu de rendre sa décision, une fois qu'il aurait reçu le projet de recommandation de l'ASFC.

[70] À l'audience relative à la présente demande, j'ai laissé entendre que le délai mentionné ci-dessus de cinq à huit mois n'était pas raisonnable dans les circonstances de l'espèce, plus particulièrement en ce qui a trait au délai déjà écoulé et au fait que le ministre ne serait pas tenu de rendre une décision à l'intérieur d'une période précise. En réponse, l'avocat a réduit la période initialement prévue ci-dessus de trois mois à 30 jours. Cependant, l'avocat du ministre s'est catégoriquement opposé à tout délai imposé au ministre au cours duquel il devrait rendre sa décision, une fois qu'un dossier en provenance de l'ASFC lui serait parvenu.

[71] En réponse, j'ai répondu à l'avocat du ministre qu'il devait obtenir des précisions en ce qui a trait à une période de temps plus raisonnable au cours de laquelle la recommandation de l'ASFC pourrait être acheminée au ministre, et au cours de laquelle le ministre rendrait alors sa décision.

[72] En fin de compte, suivant l'audience, l'avocat du ministre et l'avocat de M. Tameh ont convenu d'adopter le calendrier suivant :

i. Dans les 30 jours qui suivent la date de l'ordonnance de la Cour, l'ASFC fera connaître le projet de recommandation relative à la dispense ministérielle à M. Tameh.

ii. M. Tameh disposera alors de 30 jours à compter de la date à laquelle le projet de recommandation lui aura été communiqué pour envoyer ses observations à cet égard à l'ASFC.

iii. Le président de l'ASFC acheminera alors le projet de recommandation, ainsi que les observations de M. Tameh, au ministre dans les 60 jours suivant la réception de ces observations. À titre subsidiaire, si les modifications apportées par l'ASFC à la recommandation à la suite des observations de M. Tameh doivent être à nouveau communiquées à ce dernier, l'ASFC fera parvenir une mise à jour de la recommandation à

of such additional submissions. In the latter scenario, Mr. Tameh will then have 30 days to provide any submissions to the CBSA in response to the updated recommendation; and the President of the CBSA would then have 60 days after the receipt of Mr. Tameh's final submissions to provide the recommendation and Mr. Tameh's submissions to the Minister.

M. Tameh dans les 45 jours qui suivent la réception desdites observations supplémentaires. Dans ce dernier scénario, M. Tameh disposera alors de 30 jours pour fournir toute observation à l'ASFC en réponse à la recommandation mise à jour; et le président de l'ASFC disposerait alors de 60 jours suivant la réception des dernières observations de M. Tameh pour acheminer au ministre la recommandation ainsi que les observations de M. Tameh.

iv. Within 60 days of receipt of the recommendation and submissions from the President of the CBSA, the Minister will render a decision on Mr. Tameh's application.

iv. Dans les 60 jours suivant la réception de la recommandation et les observations en provenance du président de l'ASFC, le ministre rendra une décision à l'égard de la demande de M. Tameh.

v. The Court will retain jurisdiction to deal with any extension or other issues that arise which affect the Court's order.

v. La Cour conservera sa compétence pour traiter de toute question liée aux prolongations ou à toute autre question soulevée pouvant avoir une incidence sur l'ordonnance de la Cour.

[73] Given that Mr. Tameh has consented to the foregoing timeframe, I am prepared to embrace it and to include it in the order that I will issue granting *mandamus*.

[73] Puisque M. Tameh a consenti au calendrier qui précède, je suis prêt à l'adopter et à l'inclure dans l'ordonnance que je vais rendre et par laquelle j'accorde le *mandamus*.

V. Conclusion

V. Conclusion

[74] For the reasons set forth above, Mr. Tameh's application for an order of *mandamus* will be granted, subject to the timelines set forth at paragraph 72 above.

[74] Pour les motifs établis ci-dessus, la demande présentée par M. Tameh en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* sera accueillie, et assujettie au calendrier présenté au paragraphe 72 ci-dessus.

[75] The parties did not suggest a question for certification. Given that the time required to process applications for ministerial relief under subsection 34(2) of the IRPA is highly fact-dependent, I find that there is no question for certification.

[75] Aucune question à certifier n'a été présentée par les parties. Puisque le temps que nécessite le traitement des demandes de dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR est grandement lié aux faits, je conclus qu'il n'y a aucune question à certifier.

VI. Costs

VI. Les dépens

[76] Mr. Tameh requested that he be awarded the costs that he has incurred in respect of this application, on a solicitor-client basis.

[76] M. Tameh a demandé que lui soient accordés des dépens pour les sommes qu'il a engagées en ce qui a trait à la présente demande, sur la base avocat-client.

[77] Rule 22 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, provides that "[n]o costs shall be awarded to or payable by any party in respect of an application for leave, an application for judicial review or an appeal under these Rules unless the Court, for special reasons, so orders" (emphasis added).

[78] This Court has found undue delay in the processing of an application under the IRPA to constitute such "special reasons" on a number of occasions (see *Aghdam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 131, 96 Imm. L.R. (3d) 313, at paragraphs 21–22, and the cases mentioned therein). Given that it has now been well over eight years since Justice Mactavish remitted the matter back to the Minister to make a new determination on Mr. Tameh's application, I am prepared to consider that these circumstances constitute special circumstances that merit a lump sum award of $4 000, inclusive of HST and disbursements, in the exercise of my discretion.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is granted, in part;

2. The parties shall complete the steps described below in the time periods that are stipulated:

   a. Within 30 days of the date of the Court's order, the CBSA will disclose the draft ministerial relief recommendation to Mr. Tameh.

   b. Mr. Tameh will then have 30 days from the date of disclosure of the draft recommendation to him, within which to provide any submissions thereon to the CBSA.

   c. The President of the CBSA will then provide the draft recommendation, together with Mr. Tameh's submissions to the Minister within

[77] La règle 22 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, prévoit que « [s]auf ordonnance contraire rendue par un juge pour des raisons spéciales, la demande d'autorisation, la demande de contrôle judiciaire ou l'appel introduit en application des présentes règles ne donnent pas lieu à des dépens » (je souligne).

[78] Cette Cour conclut que les délais indus dans le traitement d'une demande en vertu de la LIPR constituent de telles « raisons spéciales » dans plusieurs cas (voir *Aghdam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 131, aux paragraphes 21 et 22, et les causes qui y sont citées). Puisque plus de huit ans se sont maintenant écoulés depuis que la juge Mactavish a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision relative à la demande de M. Tameh, je suis disposé à considérer que ces circonstances sont spéciales et qu'elles justifient l'adjudication d'une somme forfaitaire de 4000 $, comprenant la TVH et les débours, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. Cette demande est accueillie en partie;

2. Les parties devront accomplir les étapes décrites ci-dessous dans les délais qui sont prévus :

   a. Dans les 30 jours suivant la date de l'ordonnance de la Cour, l'ASFC communiquera le projet de recommandation relative à la dispense ministérielle à M. Tameh.

   b. M. Tameh disposera alors de 30 jours à partir de la date à laquelle le projet de recommandation lui aura été communiqué, pour présenter ses observations à l'ASFC à cet égard.

   c. Le président de l'ASFC communiquera alors le projet de recommandation, ainsi que les observations de M. Tameh au ministre dans les

60 days of the receipt of those submissions. Alternatively, in the event that the CBSA's amendments to the recommendation in response to Mr. Tameh's submissions necessitate further disclosure to him, the CBSA will provide an updated recommendation to Mr. Tameh within 45 days of the receipt of such additional submissions. In the latter scenario, Mr. Tameh will then have 30 days to provide any submissions to the CBSA in response to the updated recommendation; and the President of the CBSA would then have 60 days after the receipt of Mr. Tameh's final submissions, to provide the recommendation and Mr. Tameh's submissions to the Minister.

d. Within 60 days of receipt of the recommendation and submissions from the President of the CBSA, the Minister will render a decision on Mr. Tameh's application.

3. The Court will retain jurisdiction to deal with any extension or other issues that arise which affect the Court's order;

4. The Minister shall pay to Mr. Tameh costs of $4 000, inclusive of HST and disbursements;

5. There is no question for certification.

60 jours suivant la réception desdites observations. À titre subsidiaire, si les modifications apportées par l'ASFC à la recommandation en réponse aux observations de M. Tameh nécessitent que d'autres communications lui soient faites, l'ASFC enverra une recommandation mise à jour à M. Tameh dans les 45 jours de la réception desdites observations supplémentaires. Dans le dernier scénario, M. Tameh disposera alors de 30 jours pour transmettre toute observation à l'ASFC en réponse à la recommandation mise à jour; et le président de l'ASFC disposerait alors de 60 jours suivant la réception des dernières observations de M. Tameh, pour acheminer la recommandation et les observations de M. Tameh au ministre.

d. Dans les 60 jours suivant la réception de la recommandation et des observations en provenance du président de l'ASFC, le ministre rendra une décision relative à la demande de M. Tameh.

3. La Cour conservera sa compétence pour trancher toute question relative à toute prolongation ou d'autres questions soulevées qui ont une incidence sur l'ordonnance de la Cour;

4. Le ministre paiera les dépens de M. Tameh totalisant 4000 $, comprenant la TVH et les débours;

5. Aucune question à certifier n'a été présentée.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2011, c. 27

Security

34 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests;

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2011, ch. 27

Sécurité

34 (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l'auteur de tout acte d'espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(b.1) engaging in an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b), (b.1) or (c).

Exception

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest. [Now repealed.]

...

Exception — application to Minister

42.1 (1) The Minister may, on application by a foreign national, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national if they satisfy the Minister that it is not contrary to the national interest.

Exception — Minister's own initiative

(2) The Minister may, on the Minister's own initiative, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of a foreign national if the Minister is satisfied that it is not contrary to the national interest.

Considerations

(3) In determining whether to make a declaration, the Minister may only take into account national security and public safety considerations, but, in his or her analysis,

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

b.1) se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b), b.1) ou c).

Exception

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. [Maintenant abrogé.]

[...]

Exception — demande au ministre

42.1 (1) Le ministre peut, sur demande d'un étranger, déclarer que les faits visés à l'article 34, aux alinéas 35(1)b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de l'étranger si celui-ci le convainc que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.

Exception — à l'initiative du ministre

(2) Le ministre peut, de sa propre initiative, déclarer que les faits visés à l'article 34, aux alinéas 35(1)b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de tout étranger s'il est convaincu que cela ne serait pas contraire à l'intérêt national.

Considérations

(3) Pour décider s'il fait la déclaration, le ministre ne tient compte que de considérations relatives à la sécurité nationale et à la sécurité publique sans toutefois limiter

is not limited to considering the danger that the foreign national presents to the public or the security of Canada.

son analyse au fait que l'étranger constitue ou non un danger pour le public ou la sécurité du Canada.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed)

Inadmissible persons

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(*a*) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(i) they are or are likely to be a danger to public health or to public safety, or

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

(*b*) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support;

(*c*) persons who have been convicted in Canada of an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more;

(*c*.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

(ii) have committed outside Canada an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée)

Personnes non admissibles

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

(i) soit que ces personnes constituent ou constitueraient vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques,

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles n'ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu'à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l'agent d'immigration que les dispositions nécessaires — n'impliquant pas l'aide sociale — ont été prises en vue d'assurer leur soutien;

c) celles qui ont été déclarées coupables, au Canada, d'une infraction qui peut être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans;

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger :

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction,

(ii) soit commis un fait — acte ou omission — qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable,

except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

(*c.2*) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the *Criminal Code* or *Controlled Drugs and Substances Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

(*d*) persons who there are reasonable grounds to believe will

(i) commit one or more offences that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment, other than offences designated as contraventions under the Contraventions Act, or

(ii) engage in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment;

(*e*) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government,

(iii) will engage in terrorism, or

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait — acte ou omission — qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

d) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles :

(i) soit commettront une ou plusieurs infractions qui peuvent être punissables par mise en accusation aux termes d'une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la Loi sur les contraventions,

(ii) soit se livreront à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction qui peut être punissable par mise en accusation aux termes d'une loi fédérale;

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

(i) soit commettront des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit, pendant leur séjour au Canada, travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force,

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle :

(A) engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(B) engage in or instigate the subversion by force of any government, or

(C) engage in terrorism;

(*f*) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

(A) acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, or

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

(*g*) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

(*h*) persons who are not, in the opinion of an adjudicator, genuine immigrants or visitors;

(*i*) persons who, pursuant to section 55, are required to obtain the consent of the Minister to come into Canada but are seeking to come into Canada without having obtained such consent;

(*j*) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*,

(A) soit commettra des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit travaillera ou incitera au renversement d'un gouvernement par la force,

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

(i) soit se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

(A) soit à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

h) celles qui, de l'avis d'un arbitre, ne sont pas de véritables immigrants ou visiteurs;

i) celles qui cherchent à entrer au Canada sans avoir obtenu l'autorisation ministérielle requise par l'article 55;

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*,

(*k*) persons who constitute a danger to the security of Canada and are not members of a class described in paragraph (*e*), (*f*) or (*g*); or

(*l*) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or any act or omission that would be an offence under any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

k) celles qui constituent un danger envers la sécurité du Canada, sans toutefois appartenir à l'une des catégories visées aux alinéas *e*), *f*) ou *g*);

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à un fait — acte ou omission — qui aurait constitué une infraction au sens des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

T-1032-16
2017 FC 190

Kaileshan Thanabalasingham (*Applicant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: THANABALASINGHAM V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Federal Court, Russell J.—Toronto, January 12; Ottawa, February 15, 2017.

Parole — Judicial review of Parole Board of Canada decision denying applicant's request for record suspension under Criminal Records Act — Applicant, Sri Lankan Tamil; permanent resident of New Zealand when making application — While living in Canada, applicant convicted of three charges relating to violent activity; also charged with perjury but charge stayed when applicant deported — In 2001, applicant arrested, ordered removed from Canada but appealing decision — Later applying twice at different intervals for record suspension under Criminal Records Act, s. 3 but applications rejected — In second refusal for record suspension, Board noting in particular that applicant having involved himself in violent lifestyle within four years of arrival in Canada, charged with numerous violent offences, failing to demonstrate good conduct prior to deportation — Thus, based on information available in applicant's file, Board denying request for record suspension on basis that granting request would bring administration of justice into disrepute — Applicant arguing, inter alia, that Board erring in law in failing to understand scope of discretion — Whether Board erring in law in misinterpreting discretion under Act, s. 4.1(1); whether Board erring in law in failing to consider relevant factors; whether Board's decision unreasonable — Rationale for Board's decision in present case clear; decision containing justification, transparency, intelligibility within decision-making process required by case law — Act, s. 4.1(1)(a), (b) examined — If read literally, relevant period for eligibility running from "expiration according to law of any sentence", Board's discretion to order or refuse record suspension under Act, s. 4.1(1) requiring review of applicant's conduct "during the applicable period referred to in subsection 4(1)" — Board taking inconsistent approach regarding whether applying reviewing period from date of application or from date of expiration of sentence — Literal interpretation of Act resulting in grave injustice in present case — Applicant's 2014 application at least ten years

T-1032-16
2017 CF 190

Kaileshan Thanabalasingham (*demandeur*)

c.

Procureur général du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ : THANABALASINGHAM C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 15 février 2017.

Libération conditionnelle — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission des libérations conditionnelles du Canada, qui a refusé la demande de suspension de casier judiciaire présentée par le demandeur en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Le demandeur était un citoyen tamoul sri-lankais qui, au moment de la demande, était résident permanent de la Nouvelle-Zélande — Lorsqu'il vivait au Canada, le demandeur a été condamné pour trois chefs d'accusation liés à des activités violentes, et une inculpation de parjure contre lui a été suspendue en raison de son expulsion du pays — En 2001, le demandeur a été arrêté et a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion du Canada, qu'il a portée en appel — Il a par la suite présenté deux fois à des intervalles différents une demande de suspension de casier judiciaire en vertu de l'art. 3 de la Loi sur le casier judiciaire, mais ses demandes ont été rejetées — Lorsqu'elle a refusé la deuxième demande de suspension de casier du demandeur, la Commission a fait remarquer que le demandeur avait adopté un mode de vie violent dans les quatre premières années de son arrivée au Canada, avait été accusé de nombreuses infractions violentes et n'avait pas démontré de bonne conduite avant son expulsion — Par conséquent, et considérant tous les renseignements figurant au dossier du demandeur, la Commission a refusé sa demande de suspension de casier judiciaire, car elle a estimé qu'une telle décision viendrait déconsidérer l'administration de la justice — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que la Commission avait commis une erreur en droit en omettant de comprendre la portée de son pouvoir discrétionnaire — Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en droit en interprétant son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 4.1(1) de la Loi, si elle a commis une erreur en droit en omettant de tenir compte des facteurs pertinents, et si la décision de la Commission était raisonnable — Le raisonnement sous-jacent à la décision était clair en l'espèce; la décision démontrait la justification,

beyond conduct (perjury admitted by applicant in 2004) relied upon by Board to reject application — Board's approach to relevant ten-year time period in present case resulting in reviewable error — Evidence clear that, since perjury matter in 2001/2002, deportation in 2006, applicant had completely turned life around in admirable ways — Request for pardon should not have remained fixated on conduct going back to 2001/2002 — Board in present case failing to consider strong evidence of good conduct, rehabilitation during meaningful period of time — Resulting in entirely unreasonable decision that fell outside range of possible, acceptable outcomes which defensible in respect of facts, law — Application allowed.

la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel exigées par la jurisprudence — Les art. 4.1(1)a) et b) de la Loi ont été examinés — Il semble clair que la période applicable à l'admissibilité s'écoule à compter de « l'expiration légale de la peine » et que le pouvoir discrétionnaire de la Commission lui permettant d'accorder ou de refuser une suspension de dossier à un demandeur en vertu de l'art. 4.1(1) nécessite un examen de la conduite de celui-ci au cours de « la période applicable mentionnée à l'art. 4(1) » — La Commission a adopté une démarche inégale quant à la détermination de la période applicable, soit de la date d'expiration de la peine ou de la date de la demande — Une interprétation littéraire de la Loi a entraîné une injustice grave en l'espèce — La demande de 2014 a été présentée par le demandeur au moins dix ans après l'écart de conduite (parjure avoué par le demandeur en 2004) qui a servi à justifier le refus de celle-ci — La démarche de la Commission quant à la période applicable de dix ans à l'espèce a entraîné une erreur susceptible de révision — La preuve était claire : depuis le parjure de 2001-2002 et son expulsion en 2006, le demandeur avait complètement refait sa vie de façon admirable — Sa demande de réhabilitation n'aurait pas dû être endiguée par un accent indu sur une conduite remontant à 2001 2002 — En l'espèce, la Commission a omis de tenir compte d'une preuve solide étayant la bonne conduite et la réadaptation du demandeur au cours d'une période probante de sa vie — Le résultat était entièrement déraisonnable et la décision ne se situait pas parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada denying the applicant's request for a record suspension. The applicant was a Tamil citizen of Sri Lanka and, at the time of this application, he was a permanent resident of New Zealand. However, he was seriously injured in a house fire and passed away on January 20, 2017. His wife and one of his children also died as a result of the fire. The applicant's tragic death rendered the present application moot. However, because of the confusion that exists with regards to the "applicable time" during which the Board should consider an applicant's conduct and how it should be assessed, it was appropriate to render a decision in these circumstances. The central issue in this application transcended the applicant's case and was likely to be helpful to applicants and the Board in future decision making.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission des libérations conditionnelles du Canada, qui refusait une demande de suspension de casier judiciaire. Le demandeur était un citoyen tamoul sri-lankais qui, au moment de la demande, était résident permanent de la Nouvelle-Zélande. Cependant, il est décédé à la suite de blessures graves subies dans un incendie d'une maison le 20 janvier 2017. Son épouse et un de ses enfants ont péri dans le même incendie. La présente demande de contrôle judiciaire n'a maintenant qu'une portée théorique étant donné le décès tragique du demandeur. Cependant, en raison de la confusion entourant la [TRADUCTION] « période applicable » durant laquelle la Commission doit examiner la conduite du demandeur ainsi que la façon dont celle-ci doit être évaluée, il était judicieux de rendre une décision dans les circonstances. La question au centre de cette demande transcendait le dossier du demandeur et serait probablement utile pour les demandeurs et la Commission à l'avenir.

The applicant had fled Sir Lanka in 1991 and arrived in Canada. During his time in Canada, he was alleged to have been involved in a Tamil youth street gang engaging in violence and was convicted of three charges in relation to violent

En 1991, le demandeur est arrivé au Canada après avoir fui le Sri Lanka. Durant son séjour au Canada, il a été présumément impliqué dans un gang de rue violent composé de jeunes tamouls et a été condamné pour trois chefs d'accusation

activity. Other charges against the applicant were withdrawn and a charge of perjury was stayed in 2006 due to his deportation. In 2001, the applicant was arrested on grounds that he was a member of an organized crime group and posed a danger to the public. He was ordered removed from Canada but appealed the decision. As a result, the applicant was charged with perjury for minimizing his involvement in a violent Tamil youth street gang. The charge was stayed when the applicant was deported to New Zealand, where he was granted protection and lived there as a permanent resident. In 2009, he was denied a record suspension for three reasons: he had not demonstrated good conduct within the past five years due to his perjury charge in 2004; he had unpaid fines; and he had been deported as a danger to the public in 2006. In August 2014, the applicant again applied for a record suspension, outlining his past criminal record and the positive steps he had taken since his last conviction. In refusing the applicant's request for a second record suspension, the Board noted in particular that the applicant had involved himself in a violent lifestyle within four years of arrival in Canada, had been charged with numerous violent offences, and had not demonstrated good conduct prior to the deportation. Thus, based on all of the information available in the applicant's file, the Board denied the request for a record suspension on the basis that to grant the request would bring the administration of justice into disrepute.

Regarding subsection 4.1(1) of the *Criminal Records Act*, the applicant argued, *inter alia*, that the Board erred in law in failing to understand the scope of its discretion. In finding that the applicant did not meet the good conduct requirement, the Board should have assessed the relevant time period, which is the ten-year period preceding the application, but instead, the Board relied on past charges and other criminal allegations, which all occurred prior to 2004.

The issues were whether the Board erred in law in misinterpreting its discretion under subsection 4.1(1) of the Act; whether the Board erred in law in failing to consider relevant factors; and whether the Board's decision was unreasonable.

Held, the application should be allowed.

While this was not a comprehensive decision, there was a rationale and a line of reasoning for the Board's conclusions.

liés à des activités violentes. D'autres accusations déposées contre le demandeur ont été retirées, et une inculpation de parjure a été suspendue en 2006 en raison de son expulsion du pays. En 2001, le demandeur a été arrêté au motif qu'il était membre d'un groupe criminel organisé et posait un danger pour le public. Il a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion du Canada, qu'il a portée en appel. À ce moment, le demandeur a été inculpé de parjure pour avoir minimisé sa participation à un gang de rue violent de jeunes tamouls. L'inculpation a été suspendue lorsque le demandeur a été expulsé en Nouvelle-Zélande, où il a obtenu protection et où il vivait à titre de résident permanent. En 2009, il s'est vu refuser une demande de suspension de casier judiciaire pour trois raisons : il n'avait pas fait preuve de bonne conduite au cours des cinq dernières années en raison de l'inculpation de parjure en 2004; il avait des amendes non payées; et il avait été expulsé au motif qu'il représentait un danger pour le public en 2006. En août 2014, le demandeur a encore une fois demandé une suspension de casier judiciaire, décrivant ses antécédents criminels ainsi que les mesures positives qu'il avait adoptées depuis sa dernière condamnation. Lorsqu'elle a refusé la deuxième demande de suspension de casier du demandeur, la Commission a fait remarquer que le demandeur avait adopté un mode de vie violent dans les quatre premières années de son arrivée au Canada, avait été accusé de nombreuses infractions violentes et n'avait pas démontré de bonne conduite avant son expulsion. Par conséquent, et considérant tous les renseignements figurant au dossier du demandeur, la Commission a refusé sa demande de suspension de casier judiciaire, car elle a estimé qu'une telle décision viendrait déconsidérer l'administration de la justice.

En ce qui concerne le paragraphe 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*, le demandeur a fait valoir, entre autres, que la Commission avait commis une erreur en droit en omettant de comprendre la portée de son pouvoir discrétionnaire. En concluant que le demandeur n'a pas satisfait à l'exigence de bonne conduite, la Commission aurait dû évaluer la période pertinente, qui porte sur les dix années précédant la demande, mais elle s'est plutôt fondée sur les accusations antérieures et d'autres allégations criminelles qui ont toutes eu lieu avant 2004.

Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en droit en interprétant son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 4.1(1) de la Loi, si elle a commis une erreur en droit en omettant de tenir compte des facteurs pertinents, et si la décision de la Commission était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Bien qu'il ne s'agissait pas d'une décision exhaustive, il y avait une justification et une ligne de pensée quant aux

The Board made its concerns known to the applicant and gave him an opportunity to respond to those concerns. The applicant's response was fulsome and extensive. The rationale for the decision was clear: notwithstanding the positive developments in the applicant's life since his last conviction in 1998, the applicant had a significant criminal past in Canada, which led to his deportation in 2006 and, in particular, he was not of good conduct prior to his deportation (perjury charge). A decision does not have to be exhaustive or deal with every point raised by an applicant in detail provided it contains sufficient clarity to allow an applicant and the Court to understand the reasoning and the evidence upon which the reasoning is based. Thus, the decision contained the justification, transparency and intelligibility within the decision-making process that is required by case law. It then had to be determined whether the decision fell within a range of possible, acceptable outcomes that were defensible in respect of the facts and the law. If the Board continued to apply the Act against the applicant in the way it applied it in this case, then the applicant might never be pardoned and this would defeat the intent and purpose of the Act. The problem arose from a literal application of the governing provisions.

Paragraphs 4.1(1)(a) and (b) of the Act were examined, in particular to determine the applicable period of assessment. On their face, these provisions require the Board to examine whether an applicant for record suspension has been of good conduct and has not been convicted of an offence under an Act of Parliament "during the applicable period referred to in subsection 4(1)". The applicable period referred to in subsection 4(1) must elapse "after the expiration according to law of any sentence, including a sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence". If read literally, the relevant period for eligibility runs from the "expiration according to law of any sentence" and the Board's discretion to order or refuse a record suspension under subsection 4.1(1) requires a review of an applicant's conduct "during the applicable period referred to in subsection 4(1)".

In the present case, the applicant received sentences for criminal convictions from 1996 to 1998 and his last sentence expired in 1998. Thus, under the Act, he became eligible to apply for a record suspension in 2008. The perjury charge against the applicant was laid in 2006 even though it was stayed when the applicant was deported in March 2006. The fact that the perjury charge was stayed does not, *per se*, make it irrelevant when considering the applicant's conduct "during the applicable period". The problem with these statutory

conclusions de la Commission. La Commission a informé le demandeur de ses préoccupations et lui a donné la possibilité d'y répondre. Le demandeur a répondu de façon exhaustive et complète. Le raisonnement sous-jacent à la décision était clair : en dépit des développements positifs dans la vie du demandeur depuis sa dernière condamnation en 1998, le demandeur avait des antécédents criminels importants au Canada, qui ont mené à son expulsion en 2006, et plus particulièrement, il n'avait pas eu de bonne conduite avant son expulsion (inculpation de parjure). La décision n'a pas à être exhaustive ou à s'attarder de façon détaillée à chaque point soulevé par le demandeur, tant qu'elle est suffisamment claire pour permettre à un demandeur et à la Cour de comprendre le raisonnement ainsi que la preuve à l'origine de celui-ci. Par conséquent, la décision démontrait la justification, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel exigées par la jurisprudence. Il s'agissait ensuite de déterminer si la décision se situait parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Si la Commission continuait à appliquer la Loi ainsi au demandeur, celui-ci pourrait ne jamais obtenir de pardon et cela irait à l'encontre de l'intention et de l'objet visé par la Loi. Ce problème provenait d'une application littéraire des dispositions réglementaires.

Les alinéas 4.1(1)a) et b) de la Loi ont été examinés, en particulier pour déterminer la période applicable pour l'examen. À première vue, ces dispositions exigent que la Commission examine le dossier du demandeur afin de déterminer la bonne conduite de celui-ci ainsi que de s'assurer qu'il n'a pas été condamné pour une infraction commise au titre d'une loi du Parlement « pendant la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ». Le paragraphe 4(1) mentionne que « la période consécutive à l'expiration légale de la peine, notamment une peine d'emprisonnement, une période de probation ou le paiement d'une amende » doit s'être écoulée. Il semble donc clair que la période applicable à l'admissibilité s'écoule à compter de « l'expiration légale de la peine » et que le pouvoir discrétionnaire de la Commission lui permettant d'accorder ou de refuser une suspension de dossier à un demandeur en vertu du paragraphe 4.1(1) nécessite un examen de la conduite de celui-ci au cours de « la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ».

En l'espèce, le demandeur a été condamné pour des infractions criminelles de 1996 à 1998; sa dernière peine est expirée en 1998. Par conséquent, en vertu de la Loi, il devenait admissible à une suspension de casier en 2008. L'inculpation de parjure à l'encontre du demandeur a été déposée en 2006, bien que celle-ci ait été suspendue au moment de l'expulsion du demandeur en mars 2006. Le fait que cette inculpation ait été suspendue ne la rend pas impertinente, en soi, lorsqu'il s'agit d'examiner la bonne conduite du demandeur au cours de « la

provisions is that the relevant period remains static and future good conduct may not assist an applicant who becomes entirely reformed over a long period of time that does not fall within "the applicable period referred to in subsection 4(1)". The Board itself recognized this problem and has taken an inconsistent approach regarding whether it applies the reviewing period from the date of the application or from the date of the expiration of the sentence. A literal interpretation of the Act is bound, in some cases, to result in a grave injustice and/or defeat the whole purpose of the legislation and that is what occurred in the present case. The perjury relied upon by the Board to ground its decision occurred in 2001/2002 and the applicant voluntarily revealed it in 2004. So his 2014 application was at least ten years beyond the conduct that was relied upon to reject his application.

The Board's approach to the relevant ten-year time period in the present case resulted in a reviewable error that created an injustice. The Board should have addressed the purposes of the legislation and realized that the Board's static approach meant that the applicant would potentially never be able to redeem himself. The evidence was clear that, since the perjury matter in 2001/2002 and his deportation in 2006, the applicant had completely turned his life around in admirable ways. His request for a pardon should not have remained fixated on conduct going back to 2001/2002. The Board in the present case did not turn its mind to the practices of the Board itself, and the case law of the Court on this issue, and thus failed to consider the strong evidence of good conduct and rehabilitation during a meaningful period of time. The result was an entirely unreasonable decision that fell outside the range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47, ss. 2.1, 2.2(1), 3(1), 4, 4.1.
Criminal Records Regulations, SOR/2000-303, s. 1.1.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36.

période applicable ». Cependant ces dispositions constituent une période statique, ce qui a pour effet de discréditer toute bonne conduite éventuelle du demandeur. En outre, celui-ci aurait pu démontrer une réadaptation complète au cours d'une longue période de temps, sans qu'elle ne se trouve à l'intérieur de « la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ». La Commission elle-même a reconnu ce problème et elle a adopté une démarche inégale quant à la détermination de la période applicable, soit de la date d'expiration de la peine ou de la date de la demande. Une interprétation littéraire de la Loi va immanquablement, dans certains cas, entraîner une injustice grave ou contrecarrer l'objet visé par le législateur et c'est ce qui s'est produit dans l'espèce. La Commission a fondé sa décision sur un parjure commis en 2001 et en 2002, lequel a été volontairement révélé par le demandeur en 2004. En l'occurrence, la demande de 2014 a été présentée au moins dix ans après l'écart de conduite qui a servi à justifier le refus de celle-ci.

La démarche de la Commission quant à la période applicable de dix ans à l'espèce a entraîné une erreur susceptible de révision et créé une injustice. La Commission aurait dû tenir compte de l'objet visé par la loi et s'apercevoir que sa démarche statique signifiait que le demandeur pourrait ne jamais être en mesure d'obtenir sa réhabilitation. La preuve était claire : depuis le parjure de 2001–2002 et son expulsion en 2006, le demandeur avait complètement refait sa vie de façon admirable. Sa demande de réhabilitation n'aurait pas dû être endiguée par un accent indu sur une conduite remontant à 2001–2002. La Commission, dans l'espèce, ne s'est pas harmonisée à ses propres pratiques, et à la jurisprudence de la Cour sur cette question, et a omis de tenir compte d'une preuve solide étayant la bonne conduite et la réadaptation du demandeur au cours d'une période probante de sa vie. Le résultat était entièrement déraisonnable et la décision ne se situait pas parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44].
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 2.1, 2.2(1), 3(1), 4, 4.1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36.
Règlement sur le casier judiciaire, DORS/2000-303, art. 1.1.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.

CONSIDERED:

Spring v. Canada (Attorney General), 2016 FC 87; *Conille v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 613; *Gary Mark v. Canada (Attorney General)*, T-351-15, McDonald J., judgment dated November 24, 2015 (F.C.) (unreported); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

REFERRED TO:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Saini v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 375, 454 F.T.R. 254.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada denying the applicant's request for a record suspension. Application allowed.

APPEARANCES

Barbara Jackman and *Razmeen Joya* for applicant.
Derek Edwards for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jackman, Nazami & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

RUSSELL J.:

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Spring c. Canada (Procureur général), 2016 CF 87; *Conille c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 613; *Gary Mark c. Canada (Procureur général)*, T-351-15, la juge McDonald, jugement en date du 24 novembre 2015 (C.F.) (non publié); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DÉCISIONS CITÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Saini c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 375.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission des libérations conditionnelles du Canada, qui refusait une demande de suspension de casier judiciaire. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Barbara Jackman et *Razmeen Joya* pour le demandeur.
Derek Edwards pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jackman, Nazami & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LE JUGE RUSSELL :

I. INTRODUCTION

[1] This is an application under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act) for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada (Board), dated May 26, 2016 (Decision), which denied the applicant's request for a record suspension.

II. BACKGROUND

[2] The applicant was a Tamil citizen of Sri Lanka and, at the time of this application, he was a permanent resident of New Zealand. However, he was seriously injured in a house fire and passed away on January 20, 2017. His wife and 5-year-old son were killed in the same fire, leaving his 12-year-old daughter as an orphan.

[3] In 1991, the applicant fled Sri Lanka and arrived in Canada. During his time spent in Canada, he was alleged to have been involved in a Tamil youth street gang which engaged in violence. While this was not a formal allegation, the applicant was convicted of three charges in relation to violent activity: possession of a weapon in 1996; failure to comply with a recognizance in 1997; and conspiracy to commit assault in 1998. Other charges against the applicant were withdrawn and a charge of perjury was stayed in 2006 due to his deportation.

[4] In 2001, the applicant was arrested on the grounds that he was a member of an organized crime group and posed a danger to the public. The applicant was ordered removed from Canada but appealed; as a result, the applicant was charged with perjury for minimizing his involvement in a violent Tamil youth street gang. The charge was stayed when the applicant was deported in March 2006. However, a few months after his arrival in New Zealand, he sought and was granted protection in that country, where he has resided ever since.

I. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (Loi) d'une décision rendue par la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Commission) et datée du 26 mai 2016 (décision), qui refusait une demande de suspension de casier judiciaire.

II. FAITS

[2] Le demandeur était un citoyen tamoul sri-lankais qui, au moment de la demande, était résident permanent de la Nouvelle-Zélande. Cependant, il est décédé à la suite de blessures graves subies dans un incendie d'une maison le 20 janvier 2017. Son épouse et son fils de 5 ans ont péri dans le même incendie, laissant sa fille de 12 ans orpheline.

[3] En 1991, le demandeur est arrivé au Canada après avoir fui le Sri Lanka. Durant son séjour au Canada, il a été présumément impliqué dans un gang de rue violent composé de jeunes tamouls. Bien que ce ne soit pas une allégation formelle, le demandeur a été condamné pour trois chefs d'accusation liés à des activités violentes : possession d'une arme en 1996, omission de se conformer à un engagement en 1997 et complot en vue d'une agression en 1998. D'autres accusations déposées contre le demandeur ont été retirées, et une inculpation de parjure a été suspendue en 2006 en raison de son expulsion du pays.

[4] En 2001, le demandeur a été arrêté au motif qu'il était membre d'un groupe criminel organisé et posait un danger pour le public. Le demandeur a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion du Canada, qu'il a portée en appel. À ce moment, le demandeur a été inculpé de parjure pour avoir minimisé sa participation à un gang de rue violent de jeunes tamouls. L'inculpation a été suspendue lorsque le demandeur a été expulsé en mars 2006. Cependant, quelques mois après son arrivée en Nouvelle-Zélande, il a demandé, puis obtenu protection dans ce pays, et y résidait depuis lors.

[5] In 2009, the applicant was denied a record suspension for three reasons: he had not demonstrated good conduct within the past five years due to his perjury charge in 2004; unpaid fines of $168.75; he had been deported as a danger to the public in 2006.

[6] In August 2014, the applicant again applied for a record suspension. In his application, he outlined his past criminal record and the positive steps he had taken since his last conviction. He also provided submissions as to why a record suspension would provide him with a measurable benefit and sustain his rehabilitation as a law-abiding citizen in the community; namely, he was inadmissible to Canada due to his criminal record and needed the record suspension so that he and his family could return to Canada and be with their family, some of whom could not travel to be with them in New Zealand.

[7] In July 2015, the Board had reached a preliminary decision to refuse the applicant's request for a record suspension, identifying concerns such as the stayed charge of perjury in 2006, that the applicant had not been of good conduct since his last conviction, and that the record suspension would likely bring the administration of justice into disrepute in light of the applicant's involvement in a street gang.

[8] The applicant was given the opportunity to respond to the Board's concerns and did so by letter dated April 11, 2016. In his letter, the applicant provided the context for his involvement in criminal activities, which included the difficulties faced by racialized Tamil youth fleeing war and persecution. He also defended himself against the Board's assertions that his convictions were all related to violent offences and that he had been a high-level gang member.

[5] En 2009, le demandeur s'est vu refuser une demande de suspension de casier judiciaire pour trois raisons : il n'avait pas fait preuve de bonne conduite au cours des cinq dernières années en raison de l'inculpation de parjure en 2004; il avait des amendes non payées au montant de 168,75 $; et il avait été expulsé au motif qu'il représentait un danger pour le public en 2006.

[6] En août 2014, le demandeur a encore une fois demandé une suspension de casier judiciaire. Dans sa demande, il a décrit ses antécédents criminels ainsi que les mesures positives qu'il a adoptées depuis sa dernière condamnation. Il a également expliqué les raisons pour lesquelles la suspension de son casier judiciaire lui offrirait un bénéfice mesurable et soutiendrait sa réadaptation. Notamment, le demandeur était interdit de territoire au Canada en raison de son casier judiciaire; il était nécessaire que celui-ci soit suspendu afin qu'il puisse, en compagnie de sa famille, retourner au Canada pour être avec sa famille élargie, certains membres de celle-ci ne pouvant pas aller les visiter en Nouvelle-Zélande.

[7] En juillet 2015, la Commission a rendu une décision préliminaire refusant la demande de suspension de casier judiciaire du demandeur, indiquant qu'il subsistait des préoccupations quant à l'inculpation de parjure suspendue de 2006. Au surplus, la Commission a affirmé que le demandeur n'avait pas fait preuve de bonne conduite depuis sa dernière condamnation et qu'une telle suspension de casier viendrait déconsidérer l'administration de la justice en raison de l'implication de celui-ci dans une gang de rue.

[8] Le demandeur a eu l'occasion de répondre aux préoccupations de la Commission; ce qu'il a fait par lettre datée du 11 avril 2016. Dans sa lettre, le demandeur a donné le contexte de sa participation dans des activités criminelles, notamment les difficultés que doivent affronter les jeunes tamouls fuyant la guerre et la persécution. Il s'est également défendu contre les affirmations de la Commission voulant que ses condamnations fussent liées à des infractions à caractère violent et qu'il eût été membre de haut rang du gang.

III. DECISION UNDER REVIEW

[9] In a decision dated May 26, 2016, the Board refused the applicant's request for a record suspension.

[10] The applicant had sought a record suspension of three convictions: possession of a weapon from 1996; failure to comply with a recognizance in 1997; and conspiracy to commit assault in 1998. In addition to these convictions, the Board also reviewed the rest of the applicant's record, which included for 1995: withdrawn charges for attempted murder; assault with a weapon; possession of a weapon; attempt to obstruct justice; uttering threats; and failure to comply with a recognizance. There were also withdrawn charges for assault with a weapon and assault causing bodily harm, both in 1996, and a stayed charge of perjury in 2006.

[11] Next, the Board reviewed the considerations for an order of a record suspension. This review included: whether the Board was satisfied that the applicant had met the legislative criteria; whether the applicant had been of good conduct; whether a record suspension would provide the applicant with a measurable benefit; whether the record suspension would sustain the applicant's rehabilitation into society; the nature, gravity and duration of the offences; and whether record suspension would bring the administration of justice into disrepute.

[12] The Board then acknowledged the July 2015 review of the application in which the Board had proposed to deny the applicant's application. At the time, there had been concerns about the stayed perjury charge and that the applicant had not been truthful before a tribunal of the Immigration Appeal Division. The charge had been stayed due to the applicant's deportation from Canada. Additionally, the Board had been concerned with reliable and persuasive police reports that suggested the applicant had been involved with a violent street gang. In light of these considerations, the Board was not satisfied that the applicant had met the criteria

III. DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[9] Dans sa décision rendue le 26 mai 2016, la Commission a refusé la demande de suspension de casier du demandeur.

[10] Le demandeur demandait une suspension de casier en lien avec trois condamnations : possession d'une arme en 1996, omission de se conformer à un engagement en 1997, et complot en vue d'une agression en 1998. En plus de ces condamnations, la Commission a également examiné le reste du casier du demandeur, lequel comprend des chefs d'accusation retirés en 1995 : tentative de meurtre; agression armée; possession d'une arme; tentative d'entrave à la justice; menaces; et omission de se conformer à un engagement. Il y avait également des chefs d'accusation retirés pour agression armée et agression entraînant des lésions corporelles, tous deux en 1996, et une inculpation de parjure suspendue en 2006.

[11] Par la suite, la Commission a examiné les critères à remplir pour accorder une suspension de casier judiciaire. Notamment, la Commission doit être convaincue que le demandeur satisfait aux exigences légales, que le demandeur a fait preuve de bonne conduite, qu'une telle suspension de casier judiciaire offrirait un bénéfice mesurable au demandeur et appuierait sa réadaptation soutenue dans la société. La Commission doit également tenir compte de la nature, de la gravité et de la durée des infractions; et déterminer si une telle suspension de casier viendrait déconsidérer l'administration de la justice.

[12] La Commission a ensuite fait écho à sa décision de juillet 2015 dans laquelle elle proposait de refuser la demande. À cette époque, il y avait des préoccupations entourant l'inculpation pour parjure suspendue ainsi qu'à savoir si le demandeur avait été sincère devant la Section d'appel de l'immigration. L'inculpation avait été suspendue en raison de l'expulsion du demandeur du Canada. De plus, la Commission était préoccupée par des rapports policiers faibles et convaincants suggérant que le demandeur avait été impliqué dans un gang de rue violent. Considérant ces éléments, la Commission n'était pas convaincue que le demandeur avait satisfait au

of good conduct since his last conviction or that the order of a record suspension would not bring the administration of justice into disrepute.

[13] In response to the Board's concerns, the applicant was permitted to submit written representations. These representations included a letter from the applicant and additional documentation, which were all reviewed by the Board.

[14] In the Decision, the Board noted the additional documentation submitted by the applicant that had been considered: a copy of the perjury charge; a copy of a Supreme Court judgment; publications regarding Tamil gangs; publications regarding migrants; a letter from the United Nations High Commissions for Refugees; and a letter from an MP for New Zealand Immigration.

[15] In his letter to the Board, the applicant noted the difficulties surrounding his arrival in Canada after fleeing war and persecution in Sri Lanka in 1991, including his living in an area of Toronto that was plagued with racism and discrimination against Tamils. The applicant admitted that these conditions led to poor decision making and the convictions at the center of the application. However, since leaving that environment, the applicant said that his life had changed. He had married, had two children, obtained a bachelor's degree in engineering, was employed full-time with several companies, and volunteered with the Refugee Council of New Zealand. These accomplishments were supported by letters that praised his integrity, reliability, generosity, and hard work.

[16] The applicant had also taken issue with the allegation that he had been a high-ranking member of a street gang, which had never been proven in court. He felt the denial of a record suspension was due to his unwillingness to admit to this allegation. In the Decision, the Board acknowledged the applicant's statements; however, it noted that there had been sufficient evidence to support serious charges including three charges of attempted murder, assault with a weapon, possession of

critère de la bonne conduite depuis sa dernière condamnation ou que l'ordonnance de suspension de casier judiciaire ne viendrait pas déconsidérer l'administration de la justice.

[13] Le demandeur a pu présenter des représentations écrites en réponse aux préoccupations de la Commission. Ces représentations comprenaient une lettre du demandeur ainsi que des documents supplémentaires, qui ont tous été examinés par la Commission.

[14] Dans sa décision, la Commission a indiqué avoir tenu compte des documents supplémentaires soumis par le demandeur, soit : une copie de l'inculpation de parjure, une copie d'un jugement de la Cour suprême, des publications concernant les gangs tamouls et les migrants; une lettre du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés et une lettre d'un député néo-zélandais responsable de l'immigration.

[15] Dans sa lettre à la Commission, le demandeur a souligné les difficultés qu'il a dû affronter à son arrivée au Canada après avoir fui la guerre et la persécution au Sri Lanka en 1991, y compris le fait de vivre dans la région de Toronto où sévissaient racisme et discrimination à l'endroit des Tamouls. Le demandeur soutient que ces conditions l'ont mené à prendre de mauvaises décisions entraînant les condamnations visées par cette demande. Cependant, depuis qu'il a quitté cet environnement, le demandeur soutient que sa vie a changé. Il est marié et père de deux enfants, a obtenu un baccalauréat en génie, a occupé un emploi à temps plein avec plusieurs sociétés et a fait du bénévolat auprès du Refugee Council of New Zealand. Ces réalisations étaient démontrées par des lettres faisant l'éloge de son intégrité, de sa fiabilité, de sa générosité et de son travail acharné.

[16] Le demandeur a également contesté l'allégation voulant qu'il était un membre de haut rang d'un gang de rue; chose qui n'a jamais été démontrée par un tribunal. Il estimait que la décision de lui refuser une suspension de casier judiciaire découlait de son refus d'admettre cette allégation. Dans la décision, la Commission reconnaît les prétentions du demandeur; néanmoins, elle estime qu'il y a eu suffisamment de preuves pour appuyer les accusations graves, dont trois

a weapon, and uttering threats. Additionally, the Board noted that the applicant had been deported under section 36 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 for serious criminality. Furthermore, the applicant had admitted he had been untruthful in his appearances before the Immigration Appeal Division, which resulted in the stayed charge of perjury.

[17] The Board also acknowledged the applicant's claim that it was unjust and contrary to the purpose of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], to be punished because the Canadian authorities had chosen not to pursue the charge of perjury which had expired on August 10, 2007 and the applicant had maintained a clean record and several positive achievements since then.

[18] Despite these positive factors, the Board noted that the applicant had involved himself in a violent lifestyle within four years of arrival in Canada and had been charged with numerous violent offences. The Board also stated that his time in Canada did not produce any positive achievements and that he had been deported due to serious criminality. Furthermore, he had not demonstrated good conduct prior to the deportation, which resulted in a charge of perjury. Thus, based on all of the information available in the applicant's file, the Board denied the request for a record suspension on the basis that to grant the request would bring the administration of justice into disrepute.

IV. ISSUES

[19] The applicant submits that the following are at issue in this application:

(a) Whether the Board erred in law in misinterpreting its discretion under subsection 4.1(1) of the

chefs d'accusation pour tentative de meurtre; d'agression armée, de possession d'arme, et de menace. Au surplus, la Commission a souligné que le demandeur avait été expulsé du pays en vertu de l'article 36 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 au motif de criminalité grave. Par ailleurs, le demandeur a admis avoir rendu un faux témoignage lors de ses audiences devant la Section d'appel de l'immigration, ce qui a entraîné l'inculpation de parjure suspendue.

[17] La Commission a également reconnu l'affirmation du demandeur selon laquelle il était injuste et contraire à l'objet visé par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44] d'être puni, car les autorités canadiennes ont choisi de suspendre l'inculpation de parjure qui expirait le 10 août 2007, et le demandeur avait maintenu un casier vierge et avait accompli maintes réalisations positives depuis lors.

[18] Malgré ces facteurs positifs, la Commission remarque que le demandeur avait adopté un mode de vie violent dans les quatre premières années de son arrivée au Canada et avait subséquemment été accusé de nombreuses infractions violentes. La Commission a également indiqué que son séjour au Canada n'a pas mené à de réalisations positives et qu'il avait été expulsé au motif de criminalité grave. De plus, il n'avait pas démontré de bonne conduite avant son expulsion, ce qui a entraîné l'inculpation de parjure. Par conséquent, et considérant tous les renseignements figurant au dossier du demandeur, la Commission a refusé sa demande de suspension de casier judiciaire, car elle a estimé qu'une telle décision viendrait déconsidérer l'administration de la justice.

IV. POINTS EN LITIGE

[19] Le demandeur soumet les questions suivantes en lien avec sa demande :

a) La Commission a-t-elle commis une erreur en droit en interprétant son pouvoir discrétionnaire

Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47 (CRA)?

(b) Whether the Board erred in law in failing to consider relevant factors?

(c) Whether the Board's decision is unreasonable?

V. STANDARD OF REVIEW

[20] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is settled in a satisfactory manner by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless, or where the relevant precedents appear to be inconsistent with new developments in the common law principles of judicial review, must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 48.

[21] The jurisprudence establishes that where a decision of a specialized tribunal, interpreting and applying its enabling statute, is subject to judicial review there is a presumption that the standard of review is reasonableness: see *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 21. In regards to the Board's interpretation of section 4.1 of the CRA and the Board's decision not to grant a record suspension, this Court has applied the standard of reasonableness to both: see *Spring v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 87 (*Spring*), at paragraphs 28 and 29.

[22] The other issues raised by the applicant are also reviewable on a standard of reasonableness.

en vertu du paragraphe 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47 (LCJ)?

b) La Commission a-t-elle commis une erreur en droit en omettant de tenir compte des facteurs pertinents?

c) La décision de la Commission était-elle raisonnable?

V. NORME DE CONTRÔLE

[20] La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*) a tranché en disant qu'il n'était pas toujours nécessaire d'analyser la norme de contrôle. La cour de révision peut adopter une norme de contrôle déjà établie de façon satisfaisante par la jurisprudence antérieure quant à une question particulière. Si cette recherche n'est pas fructueuse, ou dans l'absence de précédents pertinents et conformes aux nouveaux développements dans les principes de common law relatifs au contrôle judiciaire, la cour de révision devra tenir compte des quatre facteurs formant une analyse de la norme de contrôle : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 48.

[21] La jurisprudence établit que le contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal administratif interprétant sa propre loi constitutive fait l'objet d'une présomption quant à la norme de décision raisonnable, voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 21. La Cour a appliqué la norme de décision raisonnable tant à l'interprétation par la Commission de l'article 4.1 de la LCJ et à sa décision de refuser la suspension de casier judiciaire : voir *Spring c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 87 (*Spring*), aux paragraphes 28 et 29.

[22] Les autres questions soulevées par le demandeur doivent également être contrôlées en regard de la norme de décision raisonnable.

[23] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with "the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law." See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the Decision was unreasonable in the sense that it falls outside the "range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law."

VI. STATUTORY PROVISIONS

[24] The following provisions from the CRA are relevant in this proceeding:

Jurisdiction of the Board

2.1 The Board has exclusive jurisdiction and absolute discretion to order, refuse to order or revoke a record suspension.

Quorum

2.2 (1) An application for a record suspension shall be determined, and a decision whether to revoke a record suspension under section 7 shall be made, by a panel that consists of one member of the Board.

...

Application for record suspension

3 (1) Subject to section 4, a person who has been convicted of an offence under an Act of Parliament may apply to the Board for a record suspension in respect of that offence, and a Canadian offender, within the meaning of the *International Transfer of Offenders Act*, who has been transferred to Canada under that Act may apply to the Board for a record suspension in respect of the offence of which he or she has been found guilty.

...

[23] L'analyse d'une décision au regard du critère de décision raisonnable portera sur « la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». Voir *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47 et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 47, au paragraphe 59. En d'autres termes, la Cour devrait seulement intervenir si la décision était déraisonnable au sens qu'elle ne figure pas parmi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

VI. DISPOSITIONS LÉGALES

[24] Les dispositions suivantes de la LCJ sont pertinentes à la procédure :

Attributions

2.1 La Commission a toute compétence et latitude pour ordonner, refuser ou révoquer la suspension du casier.

Instruction

2.2 (1) L'examen des demandes de suspension du casier ainsi que des dossiers en vue d'une révocation de suspension du casier visée à l'article 7 est mené par un membre de la Commission.

[...]

Demandes de suspension du casier

3 (1) Sous réserve de l'article 4, toute personne condamnée pour une infraction à une loi fédérale peut présenter une demande de suspension du casier à la Commission à l'égard de cette infraction et un délinquant canadien — au sens de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* — transféré au Canada par application de cette loi peut présenter une demande de suspension du casier à la Commission à l'égard de l'infraction dont il a été déclaré coupable.

[...]

Restrictions on application for record suspension

4 (1) A person is ineligible to apply for a record suspension until the following period has elapsed after the expiration according to law of any sentence, including a sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence:

(a) 10 years, in the case of an offence that is prosecuted by indictment or is a service offence for which the offender was punished by a fine of more than five thousand dollars, detention for more than six months, dismissal from Her Majesty's service, imprisonment for more than six months or a punishment that is greater than imprisonment for less than two years in the scale of punishments set out in subsection 139(1) of the *National Defence Act*; or

(b) five years, in the case of an offence that is punishable on summary conviction or is a service offence other than a service offence referred to in paragraph (a).

Ineligible Persons

(2) Subject to subsection (3), a person is ineligible to apply for a record suspension if he or she has been convicted of

(a) an offence referred to in Schedule 1; or

(b) more than three offences each of which either was prosecuted by indictment or is a service offence that is subject to a maximum punishment of imprisonment for life, and for each of which the person was sentenced to imprisonment for two years or more.

Exception

(3) A person who has been convicted of an offence referred to in Schedule 1 may apply for a record suspension if the Board is satisfied that

(a) the person was not in a position of trust or authority towards the victim of the offence and the victim was not in a relationship of dependency with him or her;

(b) the person did not use, threaten to use or attempt to use violence, intimidation or coercion in relation to the victim; and

Restrictions relatives aux demandes de suspension du casier

4 (1) Nul n'est admissible à présenter une demande de suspension du casier avant que la période consécutive à l'expiration légale de la peine, notamment une peine d'emprisonnement, une période de probation ou le paiement d'une amende, énoncée ci-après ne soit écoulée :

a) dix ans pour l'infraction qui a fait l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation ou qui est une infraction d'ordre militaire en cas de condamnation à une amende de plus de cinq mille dollars, à une peine de détention de plus de six mois, à la destitution du service de Sa Majesté, à l'emprisonnement de plus de six mois ou à une peine plus lourde que l'emprisonnement pour moins de deux ans selon l'échelle des peines établie au paragraphe 139(1) de la *Loi sur la défense nationale*;

b) cinq ans pour l'infraction qui est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou qui est une infraction d'ordre militaire autre que celle visée à l'alinéa a).

Personnes inadmissibles

(2) Sous réserve du paragraphe (3), n'est pas admissible à présenter une demande de suspension du casier la personne qui a été condamnée :

a) soit pour une infraction visée à l'annexe 1;

b) soit pour plus de trois infractions dont chacune a fait l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation, ou, s'agissant d'infractions d'ordre militaire passibles d'emprisonnement à perpétuité, s'il lui a été infligé pour chacune une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus.

Exception

(3) La personne qui a été condamnée pour une infraction visée à l'annexe 1 peut présenter une demande de suspension du casier si la Commission est convaincue :

a) qu'elle n'était pas en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis de la victime de l'infraction et que la victime n'était pas en situation de dépendance vis-à-vis d'elle;

b) qu'elle n'a pas usé de violence, d'intimidation ou de contrainte envers la victime, ni tenté ou menacé de le faire;

(c) the person was less than five years older than the victim.

Onus – exception

(4) The person has the onus of satisfying the Board that the conditions referred to in subsection (3) are met.

Amendment of Schedule 1

(5) The Governor in Council may, by order, amend Schedule 1 by adding or deleting a reference to an offence.

...

Record suspension

4.1 (1) The Board may order that an applicant's record in respect of an offence be suspended if the Board is satisfied that

(a) the applicant, during the applicable period referred to in subsection 4(1), has been of good conduct and has not been convicted of an offence under an Act of Parliament; and

(b) in the case of an offence referred to in paragraph 4(1)(a), ordering the record suspension at that time would provide a measurable benefit to the applicant, would sustain his or her rehabilitation in society as a law-abiding citizen and would not bring the administration of justice into disrepute.

Onus on applicant

(2) In the case of an offence referred to in paragraph 4(1)(a), the applicant has the onus of satisfying the Board that the record suspension would provide a measurable benefit to the applicant and would sustain his or her rehabilitation in society as a law-abiding citizen.

Factors

(3) In determining whether ordering the record suspension would bring the administration of justice into disrepute, the Board may consider

(a) the nature, gravity and duration of the offence;

c) qu'elle était de moins de cinq ans l'aînée de la victime.

Fardeau : exception

(4) Cette personne a le fardeau de convaincre la Commission de l'existence des conditions visées au paragraphe (3).

Modification de l'annexe 1

(5) Le gouverneur en conseil peut, par décret, modifier l'annexe 1 pour y ajouter ou en retrancher une infraction.

[...]

Suspension du casier

4.1 (1) La Commission peut ordonner que le casier judiciaire du demandeur soit suspendu à l'égard d'une infraction lorsqu'elle est convaincue :

a) que le demandeur s'est bien conduit pendant la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) et qu'aucune condamnation, au titre d'une loi du Parlement, n'est intervenue pendant cette période;

b) dans le cas d'une infraction visée à l'alinéa 4(1)a), que le fait d'ordonner à ce moment la suspension du casier apporterait au demandeur un bénéfice mesurable, soutiendrait sa réadaptation en tant que citoyen respectueux des lois au sein de la société et ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Fardeau du demandeur

(2) Dans le cas d'une infraction visée à l'alinéa 4(1)a), le demandeur a le fardeau de convaincre la Commission que la suspension du casier lui apporterait un bénéfice mesurable et soutiendrait sa réadaptation en tant que citoyen respectueux des lois au sein de la société.

Critères

(3) Afin de déterminer si le fait d'ordonner la suspension du casier serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, la Commission peut tenir compte des critères suivants :

a) la nature et la gravité de l'infraction ainsi que la durée de sa perpétration;

(b) the circumstances surrounding the commission of the offence;

(c) information relating to the applicant's criminal history and, in the case of a service offence, to any service offence history of the applicant that is relevant to the application; and

(d) any factor that is prescribed by regulation.

[25] The following provisions from the *Criminal Records Regulations*, SOR/2000-303 (Regulations) are relevant in this proceeding:

Determination relating to the granting of a pardon

1.1 For the purposes of paragraph 4.1(3)(d) of the Act, in determining whether granting a pardon to an applicant would bring the administration of justice into disrepute, the Board may consider whether

(a) the commission of the offence constituted a threat to the safety or security of Canada;

(b) the offence constituted an offence against the administration of law and justice, within the meaning of Part IV of the *Criminal Code*, that was prosecuted by way of indictment;

(c) the offence was a serious personal injury offence, as defined in section 752 of the *Criminal Code*;

(d) the commission of the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor;

(e) the offence was a service offence

(i) that is set out in sections 73 to 82 of the *National Defence Act* and for which the applicant received a sentence of imprisonment for life, or

(ii) that is set out in section 130 of the *National Defence Act* and that is also an offence referred to in any of paragraphs (a) to (d) and (f) to (h) of this section;

(f) the commission of the offence caused serious physical or psychological injury to another person;

b) les circonstances entourant la perpétration de l'infraction;

c) les renseignements concernant les antécédents criminels du demandeur et, dans le cas d'une infraction d'ordre militaire, concernant ses antécédents à l'égard d'infractions d'ordre militaire qui sont pertinents au regard de la demande;

d) tout critère prévu par règlement.

[25] Les dispositions suivantes du *Règlement sur le casier judiciaire*, DORS/2000-303 (Règlement) sont pertinentes à l'espèce :

Octroi d'une réhabilitation

1.1 Pour l'application de l'alinéa 4.1(3)d) de la Loi, la Commission, afin de déterminer si le fait d'octroyer la réhabilitation à un demandeur serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, peut tenir compte de ce qui suit :

a) la perpétration de l'infraction constitue une menace à la sûreté ou à la sécurité du Canada;

b) l'infraction constitue une infraction contre l'application de la loi et l'administration de la justice prévue à la partie IV du *Code criminel* qui a fait l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation;

c) l'infraction constitue des sévices graves à la personne au sens de l'article 752 du *Code criminel*;

d) la perpétration de l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique, l'orientation sexuelle ou tout autre facteur;

e) l'infraction est une infraction d'ordre militaire :

(i) qui est prévue aux articles 73 à 82 de la *Loi sur la défense nationale* et pour laquelle le demandeur a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité,

(ii) qui est prévue à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et qui est également une infraction visée à l'un des alinéas a) à d) et f) à h) du présent article;

f) la perpétration de l'infraction a causé un préjudice physique ou psychologique grave à une autre personne;

(g) the offence constituted a fraudulent transaction relating to contracts and trade within the meaning of Part X of the *Criminal Code*, and any of the following apply:

(i) the value of the fraud committed exceeded one million dollars,

(ii) the offence adversely affected, or had the potential to adversely affect, the stability of the Canadian economy or financial system or any financial market in Canada or investor confidence in such a financial market,

(iii) the offence involved a large number of victims,

(iv) in committing the offence, the applicant took advantage of the high regard in which the applicant was held in the community;

(h) the commission of the offence involved the use of cruelty or the harming of children or vulnerable persons;

(i) the applicant has a criminal record outside Canada for an offence that, if it were committed in Canada, could have been an offence prosecuted by way of indictment in Canada; or

(j) the applicant's criminal record demonstrates a pattern of criminal activity within the meaning of subsections 462.37(2.04) and (2.05) of the *Criminal Code* or a pattern of increasing gravity of offence.

VII. ARGUMENTS

A. *Applicant*

(1) Subsection 4.1(1) of the CRA

[26] The applicant submits that the Board erred in law in failing to understand the scope of its discretion. In finding that the applicant did not meet the good conduct requirement, the Board should have assessed the relevant time period, which is the ten-year period preceding the application. Instead, the Board relied on past charges and the allegations of high-level involvement in a street gang, which all occurred prior to 2004. The applicant points out that: his last conviction occurred in 1998; the stayed charge of perjury related to events

g) l'infraction constitue une opération frauduleuse en matière de contrats et de commerce prévue à la partie X du *Code Criminel* et l'un des faits ci-après s'y applique :

(i) la fraude commise a une valeur supérieure à un million de dollars,

(ii) l'infraction a nui — ou pouvait nuire — à la stabilité de l'économie canadienne, du système financier canadien ou des marchés financiers au Canada ou à la confiance des investisseurs dans un marché financier au Canada,

(iii) l'infraction a causé des dommages à un nombre élevé de victimes,

(iv) le demandeur a indûment tiré parti de la réputation dont il jouissait dans la collectivité;

h) la perpétration de l'infraction a donné lieu à l'abus ou à l'agression d'un enfant, d'une personne vulnérable ou à l'utilisation de cruauté;

i) le demandeur a un casier judiciaire à l'étranger pour une infraction qui aurait pu faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation si elle avait été perpétrée au Canada;

j) le casier judiciaire du demandeur démontre un cycle d'activités criminelles répétées selon les paragraphes 462.37(2.04) et (2.05) du *Code criminel* ou la perpétration d'infractions d'une gravité croissante.

VII. ARGUMENTS

A. *Demandeur*

1) Paragraphe 4.1(1) de la LCJ

[26] Le demandeur estime que la Commission a commis une erreur en droit en omettant de comprendre la portée de son pouvoir discrétionnaire. En concluant que le demandeur n'a pas satisfait à l'exigence de bonne conduite, la Commission aurait dû évaluer la période pertinente, qui porte sur les dix années précédant la demande. La Commission s'est plutôt fondée sur les accusations antérieures relatives à sa participation élevée dans un gang de rue, activités qui ont toutes eu lieu avant 2004. Le demandeur souligne que sa dernière

that occurred in 2001 or 2002; the withdrawn charges occurred in 1997 and 1998; and the alleged involvement in a gang related to activities that occurred before 2004.

[27] The applicant also argues that the Board did not consider the nature, gravity, and duration of the offences nor the circumstances surrounding the commission of the offences. Instead, the Board considered alleged offences that did not result in a conviction, such as the applicant's alleged involvement in a gang. The failure to assess the actual offences and the circumstances surrounding their commission demonstrates a lack of engagement in the balancing analysis required for the exercise of discretion. Instead of balancing all of the factors, the Board focused on the withdrawn charges and unproven allegations. The applicant submits that this is a misapplication of the CRA and is an error in law. Furthermore, the Board did not indicate the reports that were relied upon and why they were relied upon, which is particularly egregious since there are no recorded convictions or evidence of criminal conduct in regards to these withdrawn charges and unproven allegations.

(2) Failure to Consider Relevant Factors

[28] The applicant submits that an exercise of discretion requires all relevant factors to be considered for a fair and reasonable decision. The Board's focus on the allegations and withdrawn convictions indicates an undue emphasis on a single factor as well as a failure to consider all relevant factors. Furthermore, the applicant argues that the Board's assessment of the evidence is uneven due to its acceptance of police reports and other documentation without consideration of the applicant's evidence and the rejection of some of the applicant's evidence without providing reasons.

(3) Reasonableness

[29] In *Spring*, above, at paragraphs 41 and 42, this Court stated that the reasons for the denial of a record

condamnation a eu lieu en 1998, l'inculpation de parjure était liée à des incidents qui ont eu lieu de 2001 à 2002; le retrait des accusations s'est produit en 1997 et en 1998; ainsi que la présumée implication dans des activités liées à un gang de rue qui se sont produites avant 2004.

[27] Le demandeur soutient également que la Commission n'a pas tenu compte de la nature, de la gravité et de la durée des offenses et des circonstances entourant la commission des infractions. La Commission a plutôt tenu compte des accusations présumées qui n'ont pas entraîné de condamnation, comme l'implication présumée du demandeur dans un gang. L'omission d'évaluer les infractions réelles ainsi que les circonstances entourant leur commission démontrent un manque de pondération dans l'analyse nécessaire à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. En outre, au lieu de pondérer tous les facteurs, la Commission s'est concentrée sur les accusations retirées et les allégations présumées. Le demandeur soutient qu'il s'agit d'une application erronée de la LCJ et d'une erreur de droit. Au surplus, la Commission n'a pas indiqué les rapports sur lesquels elle s'est fondée ainsi que les motifs justifiant l'utilisation de ceux-ci. Cette situation est particulièrement flagrante, car il n'y a aucune condamnation inscrite au dossier ou preuve de conduite criminelle en lien avec les accusations retirées et les allégations non démontrées.

2) Omission d'examiner des facteurs pertinents

[28] Le demandeur soutient que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire nécessite que tous les facteurs pertinents soient examinés afin de parvenir à une décision raisonnable et juste. La Commission s'est concentrée sur les allégations et les chefs d'accusation retirés, ce qui indique qu'elle a pondéré certains facteurs indûment et n'a pas tenu compte de tous les facteurs pertinents. Au surplus, le demandeur affirme que la Commission a apprécié la preuve de façon inégale. En outre, elle a admis des rapports policiers et d'autres documents sans tenir compte des éléments de preuves présentés par le demandeur et a refusé certains de ceux-ci sans motifs.

3) Décision raisonnable

[29] Dans la décision *Spring*, précitée, aux paragraphes 41 et 42, cette Cour a statué que les motifs

suspension provided by the Board were inadequate in that the applicant was left to speculate as to what the credibility concerns of the Board were and what could be done to address those concerns; as such, the absence of reasons impugned the validity of the reasons and the result. The applicant submits that the Board erred in the same manner with regards to the applicant's request for a record suspension. The Board set out a number of factors about the applicant, many unfavourable, and considered the applicant's conduct in the 1990s to 2006, but not the actual convictions that were at issue or the circumstances surrounding their commission. The Board did not engage in an analysis of why the administration of justice would be brought into disrepute.

quant au refus de suspendre le casier judiciaire du demandeur étaient inadéquats. En l'occurrence, le demandeur ne pouvait que spéculer sur la nature des questions de crédibilité soulevée par la Commission ainsi que sur les mesures qui pouvaient être prises pour atténuer ces préoccupations. Finalement, l'absence de motifs est venue attaquer la validité de ceux-ci ainsi que de la décision. Le demandeur soutient que la Commission a commis une erreur de la même façon quant à la demande de suspension de dossier du demandeur. La Commission a présenté plusieurs facteurs quant au demandeur, dont beaucoup étaient défavorables, et a évalué la conduite du demandeur durant la période des années 1990 à 2006, mais pas les condamnations en cause ou les circonstances entourant la commission de ces infractions. La Commission n'a pas analysé en quoi une telle suspension viendrait déconsidérer l'administration de la justice.

B. *Respondent*

(1) Subsection 4.1(1) of the CRA

[30] The respondent submits that the Board did not err in considering the perjury charge which was stayed as a result of a deportation order in 2006. There is no legislative mandate that suggests the Board is only permitted to consider the ten years preceding the date of an application for a record suspension.

[31] Section 4 of the CRA establishes eligibility to apply for a record suspension ten years after the expiration of the last conviction for which a record suspension is sought. In the current case, the applicant's last criminal sentence expired in 1998 and he became eligible to apply for a record suspension in 2008. Section 4.1 of the CRA states the Board must consider the applicant's conduct in that period.

[32] The respondent concedes that the Board's approach to whether the review period should be applied from the date of the application or date of expiration of the sentence has not been consistent. In *Conille v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 613 (*Conille*), at paragraphs 15–19, the Court found that the Board

B. *Défendeur*

1) Paragraphe 4.1(1) de la LCJ

[30] Le défendeur soutient que la Commission n'a pas commis d'erreur en tenant compte de l'inculpation de parjure suspendue en raison de l'expulsion du demandeur en 2006. Aucun mandat législatif ne suggère que la Commission est limitée dans son examen aux dix années précédant la date d'une demande de suspension de dossier.

[31] L'article 4 de la LCJ établit l'admissibilité à présenter une demande de suspension de casier judiciaire dix ans après la dernière condamnation visée par la demande. En l'espèce, la dernière peine criminelle du demandeur remontait à 1998, le rendant admissible à soumettre une demande de suspension de casier en 2008. L'article 4.1 de la LCJ dispose que la Commission doit tenir compte de la conduite du demandeur au cours de cette période.

[32] Le défendeur reconnaît que la Commission n'a pas toujours été uniforme quant à la période d'examen, laquelle aurait dû être appliquée à partir de la date de la demande ou de la date de l'expiration de la peine. Dans la décision *Conille c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 613 (*Conille*), aux paragraphes 15 à 19,

could consider conduct from the expiration of the sentence until the date of the application. In other cases, the Board has reviewed conduct from the years preceding the application. However, the Court has stated that the Board must conduct a balanced analysis of all of the information for the chosen time frame. See *Gary Mark v. Canada (Attorney General)*, Docket T-351-15, McDonald J., judgment dated November 24, 2015 (F.C.) (unreported) (*Gary Mark*).

[33] Since the applicant's perjury charge was laid in 2006, this places it within the time for the Board to review his conduct because it is within ten years of the expiration of his sentence and the application. Additionally, the Board has the power to review other source material because the rules of evidence are relaxed: see *Saini v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 375, 454 F.T.R. 254, at paragraphs 50 and 51. In its review, the Board determined the charge demonstrated that the applicant did not satisfy the criterion of good conduct since the expiration of his sentences. Furthermore, the Board reviewed several other sources of information in making its determination, including the Crown brief on the perjury charge and letters from the Crown attorney for Halton and the Peel police.

[34] Thus, the respondent submits that the finding that the applicant had not met the criterion of good conduct was within a possible range of outcomes because there was reliable and persuasive information that the applicant had perjured himself and was involved in a street gang.

(2) Consideration of Relevant Factors

[35] In *Spring*, above, at paragraph 33, this Court stated that the factors to be relied on in deciding an application for a record suspension, aggravating or attenuating, and the weight they are given are left to the discretion of the Board. In the present decision, the Board stated that the applicant's representations were

la Cour a déterminé que la Commission pouvait tenir compte de la conduite du demandeur à partir de la date d'expiration de la dernière peine jusqu'à la date de la demande. Dans d'autres cas, la Commission a effectué un examen des années précédant la demande. Cependant, la Cour a statué que la Commission doit effectuer une analyse pondérée de tous les renseignements pour la période choisie. Voir *Gary Mark c. Canada (Procureur général)*, dossier T-351-15, le juge McDonald, jugement en date du 24 novembre 2015 (C.F.) (inédit) (*Gary Mark*).

[33] L'inculpation de parjure, déposée en 2006, doit être examinée par la Commission dans son examen de la conduite du demandeur, car elle figure dans la période de dix ans suivant la fin de la dernière peine et précédant la date de la demande. De plus, la Commission détient un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'examiner d'autres sources de renseignements en raison d'un relâche des règles de preuve, voir *Saini c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 375, aux paragraphes 50 et 51. Dans son examen, la Commission a déterminé que l'inculpation ne permettait pas de conclure à une bonne conduite de la part du demandeur depuis l'expiration de sa peine. Au surplus, la Commission a examiné plusieurs autres sources de renseignements avant de rendre sa décision, notamment le dossier de la Couronne relativement à l'inculpation de parjure et les lettres du procureur de la Couronne pour les services policiers de Halton et de Peel.

[34] Par conséquent, le défendeur soutient que la conclusion négative quant à la bonne conduite du demandeur figurait parmi les issues possibles, car il y avait des renseignements convaincants et dignes de foi selon lesquels le demandeur s'est parjuré et a été impliqué dans un gang de rue.

2) Examen des facteurs pertinents

[35] Dans la décision *Spring*, précitée, au paragraphe 33, la Cour a énoncé les facteurs à évaluer dans une décision relative à la suspension d'un dossier, à savoir s'ils aggravent ou atténuent le dossier, et a tranché que la pondération à leur accorder était laissée à la discrétion de la Commission. Dans la décision visée,

given considerable consideration but were rejected due to the applicant's lengthy history of criminality, deportation order, and conduct that amounted to perjury. The Board is permitted to weigh the relevant factors and draw conclusions. In light of the circumstances, it was not unreasonable for the Board to find that a record suspension would bring the administration of justice into disrepute.

[36] The respondent also argues that it was reasonable for the Board to consider the applicant's complete history. Furthermore, the order of a record suspension is a highly discretionary decision of the Board.

(3) Reasonableness

[37] The Board does not have to address every single issue or explore in-depth every argument or issue submitted "that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis": see *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Nurses*), at paragraph 16. The respondent argues that the Decision contains reasons that enable the reviewing court to understand why the particular decision was reached and whether it was within the range of acceptable outcomes based on the facts and law.

[38] The respondent submits that the Decision not to order the record suspension is reasonable.

VIII. ANALYSIS

[39] As a result of the applicant's tragic death on January 20, 2017, this judicial review application is moot. However, on the basis of the principles set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, counsel for the applicant has asked the Court to render a decision because of the confusion that exists with regards to the "applicable time" during which the Board should consider an applicant's conduct and how it

la Commission a indiqué avoir considérablement examiné les représentations du demandeur, mais les avoir rejetées en raison du long passé criminel du demandeur ainsi que de l'ordonnance d'expulsion et de la conduite ayant mené à l'inculpation de parjure. La Commission est autorisée à pondérer les différents facteurs et à tirer des conclusions. À la lumière des circonstances, il n'était pas déraisonnable que la Commission arrive à la conclusion qu'une suspension de dossier viendrait déconsidérer l'administration de la justice.

[36] Le défendeur soutient également qu'il était raisonnable que la Commission tienne compte de tous les antécédents du demandeur. Au surplus, l'ordonnance de suspension de casier judiciaire est une décision hautement discrétionnaire réservée à la Commission.

3) Décision raisonnable

[37] La Commission n'est pas tenue de s'attarder sur chaque question ou d'évaluer en profondeur tous les arguments ou les questions qui lui sont soumis, « cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision » : voir *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Newfoundland and Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Nurses*), au paragraphe 16. Le défendeur soutient que la décision contient des motifs permettant à la cour de révision de comprendre pourquoi elle a rendu cette décision et de déterminer si elle se situe parmi les issues acceptables au regard des faits et du droit.

[38] Le défendeur affirme que la décision de refuser la suspension du casier judiciaire est raisonnable.

VIII. DISCUSSION

[39] La présente demande de contrôle judiciaire n'a maintenant qu'une portée théorique étant donné le décès tragique du demandeur le 20 janvier 2017. Néanmoins, en se fondant sur les principes fixés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, le procureur du demandeur a demandé à la Cour de rendre une décision en raison de la confusion entourant la [TRADUCTION] « période applicable » durant

should be assessed. The respondent agrees that the Court may render a decision under these circumstances and I believe it is appropriate to do so because the central issue in this application transcends the applicant's case and is likely to be helpful to applicants and the Board in future decision making.

[40] This is not a comprehensive decision, yet there is a rationale and a line of reasoning for the Board's conclusions.

[41] The Board clearly states the framework within which the decision must be made:

> In considering whether to order your application for a record suspension, the Board must be satisfied that you have met the criteria as set out in legislation; if you have been of good conduct which is defined as behaviour consistent with and demonstrates the ability to lead a law-abiding lifestyle, whether a record suspension would provide you measurable benefit, whether a record suspension would sustain your rehabilitation into society as a law-abiding citizen. The Board must also consider the nature, gravity and duration of your offences and be satisfied that the ordering of a record suspension for the offences for which you have been convicted will not bring the administration of justice into disrepute.

[42] The Board made its concerns known to the applicant and gave him an opportunity to respond to those concerns. The applicant's response was fulsome and extensive.

[43] The Board then deals with salient points raised by the applicant in his response, noting that connections made by the applicant between the racism and discrimination against Tamils in Toronto in the 1990s led to the applicant's involvement in criminal activities and his poor choices. The Board also notes the applicant's subsequent progress and his marriage, his children, his degree, his employment and his volunteer work with the Refugee Council of New Zealand.

laquelle la Commission doit examiner la conduite du demandeur ainsi que la façon dont celle-ci doit être évaluée. Le défendeur est d'accord à ce que la Cour rende une décision dans les circonstances et je crois également qu'il est judicieux de statuer sur la question au centre de cette demande, car elle transcende le dossier du demandeur et sera probablement utile pour les demandeurs et la Commission à l'avenir.

[40] Il ne s'agit pas d'une décision exhaustive, néanmoins, il y a une justification et une ligne de pensée quant aux conclusions de la Commission.

[41] La Commission indique clairement le cadre dans lequel la décision doit être prise :

> [TRADUCTION] Lorsqu'elle évalue la possibilité d'accorder votre demande de suspension de casier judiciaire, la Commission doit être convaincue que vous avez satisfait les critères énoncés dans la législation : c'est-à-dire que vous avez fait preuve de bonne conduite, soit un comportement constant et démontrant la capacité de mener une vie dans le respect des lois; que la suspension de casier viendrait vous apporter un bénéfice mesurable, et que cette ordonnance viendrait soutenir votre réadaptation dans la société à titre de citoyen respectueux de la loi. La Commission doit également tenir compte de la nature, de la gravité et de la durée des infractions et être convaincue que l'ordonnance de suspension de votre casier judiciaire, relativement aux infractions visées par la présente, ne viendra pas déconsidérer l'administration de la justice.

[42] La Commission a informé le demandeur de ses préoccupations et lui a donné la possibilité d'y répondre. Le demandeur a répondu de façon exhaustive et complète.

[43] La Commission a ensuite traité des points saillants soulevés par le demandeur dans sa réponse, notamment les liens effectués par le demandeur entre le racisme et la discrimination à l'endroit des Tamouls à Toronto dans les années 1990 l'ayant mené à entreprendre des activités criminelles ainsi qu'à prendre de mauvaises décisions. La Commission remarque également les progrès subséquents du demandeur; son mariage, ses enfants, son baccalauréat, son emploi ainsi que son travail de bénévolat auprès du Refugee Council of New Zealand.

[44] The Board then addresses the applicant's concerns about the quality of the evidence used to characterize his street gang involvement:

> In your letter you also challenge the reference made to you being as [*sic*] high ranking member of a gang and indicate this is not based on tested evidence or conviction. You state that this was never tested in a court of law and you are being punished for not admitting to these allegations and that not granting a record suspension based on these allegations should not occur in the absence of conviction. The Board acknowledges your statement however, the Board also considers that the police had sufficient information to lay some very violent changes such as Attempted Murder (x3), Assault with Weapon, Possession of Weapon and Uttering Threats. The Board also notes that you were deported under Section 36 for serious criminality. The charge of Perjury that resulted in a stay of proceedings as you were deported from Canada. You admitted in your written submissions that you were not totally forthcoming in your testimony in 2001 and 2002 when you went before the Immigration Tribunal. To your credit, you did present yourself to authorities in 2005 as directed and made yourself available for whatever the legal consequences would be.

[44] La Commission répond ensuite aux préoccupations soulevées par le demandeur quant à la qualité de la preuve utilisée pour caractériser sa participation à un gang de rue :

> [TRADUCTION] Dans votre lettre, vous contestez également la référence à votre rôle à titre de membre de [*sic*] haut rang d'un gang et soutenez que cette affirmation n'est fondée ni sur des preuves ni sur une condamnation. Vous affirmez que ceci n'a jamais été démontré par un tribunal de droit et que vous êtes pénalisés pour n'avoir admis ces allégations. En outre, vous soutenez que la décision de refuser la suspension d'un casier judiciaire ne devrait pas être fondée sur des allégations n'ayant pas mené à une condamnation. La Commission a bien pris connaissance de votre position, néanmoins, elle considère que la police détenait suffisamment de preuves pour déposer des accusations à caractère très violent, comme tentative de meurtre (3 fois), agression armée, possession d'arme et menaces. La Commission remarque également que vous avez été expulsé en vertu de l'article 36 au motif de criminalité grave. L'inculpation de parjure a été suspendue en raison de votre expulsion du pays. Vous avez admis dans vos représentations écrites ne pas avoir été pleinement sincère devant la Section de l'immigration dans vos témoignages en 2001 et en 2002. Néanmoins, vous vous êtes dûment présenté devant les autorités en 2005 comme demandé et vous vous êtes rendu disponible pour subir les conséquences légales, quelles qu'elles soient.

[45] The Board further notes the time that has passed since the perjury charge in 2006 and the applicant's clean record and positive achievements since that time. However, the Board also balances these factors against the negative factors in the applicant's background:

> All of your representations have been given considerable thought in this decision. However, the Board also notes that within four years of arriving in Canada, you involved yourself in a violent lifestyle and have been charged with numerous violent offenses. The Board can use any information from official sources in determining your conduct which it has. Your time in Canada did not produce any positives and you were deported from Canada under Section 36, because of your serious criminality. In terms of your deportation, your case was heard for appeal to the Federal Court and Federal Court of Appeal and you lost on both accounts and refused a Stay of Deportation in January 2006.

[45] La Commission mentionne ensuite le temps qui s'est écoulé depuis l'inculpation de parjure en 2006 ainsi que le bon dossier du demandeur et ses réalisations positives depuis cette époque. Cependant, la Commission a également pondéré ces facteurs en regard des facteurs négatifs provenant des antécédents du demandeur :

> [TRADUCTION] La Commission a soigneusement soupesé vos représentations avant de rendre sa décision. Néanmoins, la Commission remarque également que vous avez adopté un mode de vie violent et que de nombreuses accusations à caractère violent ont été déposées à votre encontre, et ce, dans les quatre premières années de votre arrivée au Canada. La Commission peut utiliser tous les renseignements issus de source officielle pour déterminer votre conduite, ce qu'elle a fait. Votre séjour au Canada n'a pas eu de résultats positifs, puis vous avez été expulsé du pays en vertu de l'article 36 au motif de criminalité grave. Quant à votre expulsion, votre dossier a été entendu en appel à la Cour fédérale ainsi qu'à la Cour

[46] The rationale for the Decision is clear: notwithstanding the positive developments in the applicant's life since his last conviction in 1998, the applicant has a significant criminal past in Canada which led to his deportation in 2006 and, of most importance for the Decision:

> You were not of good conduct prior to your deportation as you admit to not being totally forthcoming before the Immigration Tribunal which resulted in a charge of Perjury that resulted in a stay of proceedings in 2006, the year you were deported.

[47] A decision does not have to be exhaustive or deal with every point raised by an applicant in detail provided it contains sufficient clarity to allow an applicant and the Court to understand the reasoning and the evidence upon which the reasoning is based. See *Nurses*, above, at paragraph 16.

[48] In my view then, this decision contains the "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" that is required by paragraph 47 of *Dunsmuir*, above.

[49] So the issue before me is whether it "falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law", to quote *Dunsmuir* again.

[50] The only negative conduct factor since the applicant's last conviction in 1998 is the perjury issue which the applicant admitted to and disclosed himself. This is one of the issues that prevented the applicant from securing a pardon in 2009 when he made his first application. This is why the applicant allowed time to pass and made his second application in 2014. If the CRA is applied in the way that the Board applied it in this case, then the same perjury conduct issues will arise again in future applications, no matter how long the applicant waits. In other words, if the Board goes on applying the statute against the applicant in the way it applied

d'appel fédérale et a été rejeté par les deux instances, tout comme votre demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion en janvier 2006.

[46] Le raisonnement sous-jacent à la décision est clair : en dépit des développements positifs dans la vie du demandeur depuis sa dernière condamnation en 1998, le demandeur a des antécédents criminels importants au Canada, qui ont mené à son expulsion en 2006. Plus particulièrement :

> [TRADUCTION] Vous n'avez pas eu de bonne conduite avant votre expulsion et avez admis ne pas avoir été parfaitement honnête devant la Section de l'immigration, ce qui a entraîné une inculpation de parjure, qui a été suspendue en 2006 en raison de votre expulsion.

[47] La décision n'a pas à être exhaustive ou à s'attarder de façon détaillée à chaque point soulevé par le demandeur, tant qu'elle est suffisamment claire pour permettre à un demandeur et à la Cour de comprendre le raisonnement ainsi que la preuve à l'origine de celui-ci. Consulter l'arrêt *Nurses*, cité précédemment, au paragraphe 16.

[48] Alors, à mon sens, cette décision démontre « la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel » exigées par le paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité.

[49] Je dois donc déterminer si la question « [se situe parmi les] issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », pour citer à nouveau l'arrêt *Dunsmuir*.

[50] Le seul écart de conduite depuis la dernière condamnation du demandeur en 1998 et celle de l'inculpation de parjure, qui a été admise et divulguée par le demandeur lui-même. C'est d'ailleurs l'un des facteurs qui a empêché le demandeur d'obtenir un pardon en 2009 lorsqu'il a fait sa première demande. C'est pour cette raison que le demandeur a laissé le temps s'écouler avant de faire une deuxième demande en 2014. Si la LCJ était appliquée de la façon dont la Commission l'a fait dans l'espèce, alors la même inculpation de parjure serait soulevée à l'avenir, nonobstant l'écoulement du temps. En d'autres termes, si la Commission continue à appliquer la

it on this occasion, then the applicant may never be pardoned. This would defeat the intent and purpose of the CRA. The problem arises from a literal application of the governing provisions.

A. *Relevant Time Period*

[51] The applicant argues that, under the CRA, good conduct must be assessed within the relevant time period.

[52] In particular, he says that the Board treated the stayed perjury charge as though it constituted bad conduct within the period of time under review. The applicant applied for his record suspension in August 2014 and argues that the relevant ten-year period should date back from that time to August 2004, or that some other approach to establishing a relevant time period is required in order to make the CRA workable in a way that was intended by Parliament. He says that the last good conduct issue arising on the facts was his lying to the Immigration Appeal Division in 2001 or early 2002, which he did not correct until April 2004. This places the perjury issue outside of the ten-year period under consideration. The applicant says that the Board committed a reviewable error by treating the stayed perjury charge as conduct within the relevant period.

[53] The respondent concedes that the Board has taken an inconsistent approach with regards to whether the applicable period of review runs from the date of the application for record suspension or the date of the expiration of the sentence. However, in the present case, the applicant's perjury charge was laid in 2006 and the respondent says that this means that the charge occurred both ten years after the expiration of his sentence and within ten years preceding this application.

[54] Paragraphs 4.1(1)(a) and (b) of the CRA provide as follows:

Record suspension

4.1 (1) The Board may order that an applicant's record in respect of an offence be suspended if the Board is satisfied that

loi ainsi au demandeur, celui-ci pourrait ne jamais obtenir de pardon. Cela va à l'encontre de l'intention et de l'objet visé par la LCJ. Ce problème provient d'une application littéraire des dispositions réglementaires.

A. *Période de temps pertinente*

[51] Le demandeur soutient que, en vertu de la LCJ, la bonne conduite doit être évaluée relativement à une période de temps pertinente.

[52] Plus particulièrement, il affirme que la Commission a traité l'inculpation de parjure comme une indication de mauvaise conduite au cours de la période visée. Le demandeur a soumis une deuxième demande de suspension de casier judiciaire en août 2014 et soutient que la période de dix ans pertinente à l'examen de la Commission devrait s'étendre de celle-ci à août 2004 ou qu'il faut suivre une autre démarche pour établir la période applicable aux fins de la LCJ et conformément à l'intention du législateur. Il affirme que son dernier écart de conduite remonte aux fausses déclarations effectuées à la Section d'appel de l'immigration en 2001 ou en début 2002, qu'il n'a pas rectifiées avant avril 2004. Ceci écarte l'inculpation de parjure de la période de dix ans devant être examinée. Le demandeur estime que la Commission a commis une erreur susceptible de révision en incluant l'inculpation de parjure à la période d'examen.

[53] Le défendeur reconnaît que la Commission a suivi une démarche incohérente quant à la période d'examen à savoir si celle-ci s'étant de la date de la demande de suspension de dossier ou de la date d'expiration de la sentence. Cependant, en l'espèce, l'inculpation de parjure à l'encontre du demandeur a été déposée en 2006, ce qui signifie, selon le défendeur, que celle-ci s'est produite dix ans après l'expiration de la dernière peine, mais également dix ans avant la présente demande.

[54] Les alinéas 4.1(1)a) et b) de la LCJ disposent ce qui suit :

Suspension du casier

4.1 (1) La Commission peut ordonner que le casier judiciaire du demandeur soit suspendu à l'égard d'une infraction lorsqu'elle est convaincue :

(a) the applicant, during the applicable period referred to in subsection 4(1), has been of good conduct and has not been convicted of an offence under an Act of Parliament; and

(b) in the case of an offence referred to in paragraph 4(1)(a), ordering the record suspension at that time would provide a measurable benefit to the applicant, would sustain his or her rehabilitation in society as a law-abiding citizen and would not bring the administration of justice into disrepute.

[55] So the applicable period for assessment is set out in paragraphs 4(1)(a) and (b) of the CRA which read as follows:

Restrictions on application for record suspension

4 (1) A person is ineligible to apply for a record suspension until the following period has elapsed after the expiration according to law of any sentence, including a sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence:

(a) 10 years, in the case of an offence that is prosecuted by indictment or is a service offence for which the offender was punished by a fine of more than five thousand dollars, detention for more than six months, dismissal from Her Majesty's service, imprisonment for more than six months or a punishment that is greater than imprisonment for less than two years in the scale of punishments set out in subsection 139(1) of the *National Defence Act*; or

(b) five years, in the case of an offence that is punishable on summary conviction or is a service offence other than a service offence referred to in paragraph (a).

[56] It seems to me that, on their face, these provisions require the Board to examine whether an applicant for record suspension has been of good conduct and has not been convicted of an offence under an Act of Parliament "during the applicable period referred to in subsection 4(1)". The applicable period referred to in subsection 4(1) must elapse "after the expiration according to law of any sentence, including a sentence of imprisonment, a period of probation and the payment of any fine, imposed for an offence". So, if read literally,

a) que le demandeur s'est bien conduit pendant la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) et qu'aucune condamnation, au titre d'une loi du Parlement, n'est intervenue pendant cette période;

b) dans le cas d'une infraction visée à l'alinéa 4(1)a), que le fait d'ordonner à ce moment la suspension du casier apporterait au demandeur un bénéfice mesurable, soutiendrait sa réadaptation en tant que citoyen respectueux des lois au sein de la société et ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[55] La période applicable pour l'examen est définie aux alinéas 4(1)a) et b) de la LCJ que voici :

Restrictions relatives aux demandes de suspension du casier

4 (1) Nul n'est admissible à présenter une demande de suspension du casier avant que la période consécutive à l'expiration légale de la peine, notamment une peine d'emprisonnement, une période de probation ou le paiement d'une amende, énoncée ci-après ne soit écoulée :

a) dix ans pour l'infraction qui a fait l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation ou qui est une infraction d'ordre militaire en cas de condamnation à une amende de plus de cinq mille dollars, à une peine de détention de plus de six mois, à la destitution du service de Sa Majesté, à l'emprisonnement de plus de six mois ou à une peine plus lourde que l'emprisonnement pour moins de deux ans selon l'échelle des peines établie au paragraphe 139(1) de la *Loi sur la défense nationale*;

b) cinq ans pour l'infraction qui est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou qui est une infraction d'ordre militaire autre que celle visée à l'alinéa a).

[56] À première vue, il me semble que ces dispositions exigent que la Commission examine le dossier du demandeur afin de déterminer la bonne conduite de celui-ci ainsi que de s'assurer qu'il n'a pas été condamné pour une infraction commise au titre d'une loi du Parlement « pendant la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ». Le paragraphe 4(1) mentionne que « la période consécutive à l'expiration légale de la peine, notamment une peine d'emprisonnement, une période de probation ou le paiement d'une amende »

the CRA seems clear that the relevant period for eligibility, runs from the "expiration according to law of any sentence" and that the Board's discretion to order or refuse a record suspension under subsection 4.1(1) requires a review of an applicant's conduct "during the applicable period referred to in subsection 4(1)".

[57] In the present case, the applicant received sentences for criminal convictions from 1996 to 1998 and his last sentence expired in 1998. This means that, under the CRA, he became eligible to apply for record suspension in 2008. So the relevant period for review by the Board would extend from 1998 to 2008 if these provisions are applied literally.

[58] The perjury charge against the applicant was laid in 2006, although that charge was stayed when the applicant was deported in March 2006.

[59] However, the fact that the perjury charge was stayed does not, *per se*, make it irrelevant when considering the applicant's conduct "during the applicable period". The applicant's last sentence for conspiracy to commit assault expired in 1998 so that when the applicant applied for record suspension in 2014, the review period under the provisions cited extended from 1998 to 2008. The problem arises because, although the perjury charge laid in 2006 falls within that period, the conduct upon which the perjury charge was based was the applicant's lying before the Immigration Appeal Division in 2001 and 2002. So the Board treated the laying of the perjury charge in 2006 as though it was evidence of bad conduct during the review period, but the conduct upon which the perjury charge was based occurred in 2001 and 2002.

[60] The applicant received no sentence for the perjury charge because it was stayed when he was deported in 2006. Hence the perjury charge is not relevant for the assessment of eligibility under subsection 4(1)

doit s'être écoulée. Il semble donc clair, à la lecture de la LCJ, que la période applicable à l'admissibilité s'écoule à compter de « l'expiration légale de la peine » et que le pouvoir discrétionnaire de la Commission lui permettant d'accorder ou de refuser une suspension de dossier à un demandeur en vertu du paragraphe 4.1(1) nécessite un examen de la conduite de celui-ci au cours de « la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ».

[57] En l'espèce, le demandeur a été condamné pour des infractions criminelles de 1996 à 1998; sa dernière peine est expirée en 1998. Ceci signifie qu'en vertu de la LCJ, il devenait admissible à une suspension de casier en 2008. La période applicable pour l'examen de la Commission s'étendrait donc de 1998 à 2008, si on devait appliquer ces dispositions littéralement.

[58] L'inculpation de parjure à l'encontre du demandeur a été déposée en 2006, bien que celle-ci ait été suspendue au moment de l'expulsion du demandeur en mars 2006.

[59] Cependant, que cette inculpation ait été suspendue ne la rend pas impertinente, en soi, lorsqu'il s'agit d'examiner la bonne conduite du demandeur au cours de « la période applicable ». La dernière condamnation du demandeur, pour complot en vue d'une agression, est expirée en 1998. Par conséquent, lorsque le demandeur a soumis sa demande de suspension de casier en 2014, la période applicable, en regard des dispositions citées, s'étendait de 1998 à 2008. Le nœud se situe autour de l'inculpation de parjure qui a été déposée en 2006, ce qui se trouve à l'intérieur de la période applicable, bien que l'écart de conduite eût eu lieu lors du témoignage du demandeur devant la Section d'appel de l'immigration en 2001 et 2002. En outre, la Commission a traité l'inculpation de parjure en 2006 comme étant un écart de conduite étant survenu durant la période applicable, mais la conduite à l'origine de l'inculpation s'est produite en 2001 et en 2002.

[60] Le demandeur n'a eu aucune peine en lien avec celle-ci, car l'inculpation a été suspendue au moment de son expulsion en 2006. Par conséquent, l'inculpation de parjure n'est pas pertinente à l'évaluation de

of the CRA. Its only relevance is whether it shows the applicant has not "been of good conduct" during "the applicable period". The "applicable period" in the present case would, if the CRA is read literally, appear to extend from 1998 to 2008, and the bad conduct upon which the perjury charge was based occurred in 2001 and 2002, which is within the relevant period.

[61] However, the problem with these statutory provisions is that the relevant period remains static, and future good conduct may not assist an applicant who becomes entirely reformed over a long period of time that does not fall within "the applicable period referred to in subsection 4(1)".

[62] The Board itself appears to have recognized this problem and, as the respondent concedes, the Board has taken an inconsistent approach with regard to whether it applies the reviewing period from the date of the application or from the date of the expiration of the sentence. In fact, in *Conille*, above, this Court found that the Board could consider conduct from the expiration of the sentence up until the application is submitted.

[63] A literal interpretation of the CRA is bound, in some cases, to result in a grave injustice and/or defeat the whole purpose of the legislation. In my view, that has occurred in the present case. The perjury relied upon by the Board to ground its decision occurred in 2001/2002 and the applicant voluntarily revealed it in 2004. So his 2014 application was at least ten years beyond the conduct that was relied upon to reject his application. To avoid this injustice, the applicant suggests that the Board should have counted back ten years from the date of the application, or the Board should have taken into account the whole period from 2001 to the date of the application and looked at his whole record during that time. It seems to me that both the Board and the Court in past cases have acknowledged that injustices and absurdities can occur if the CRA is applied literally and have looked for ways to avoid this.

l'admissibilité en vertu du paragraphe 4(1) de la LCJ. Elle est seulement pertinente afin de déterminer si le demandeur a eu « une bonne conduite » au cours de la « période applicable ». La « période applicable » à l'espèce, si l'on fait une lecture littéraire de la LCJ, s'étend de 1998 à 2008; l'écart de conduite visé par l'inculpation de parjure a eu lieu en 2001 et en 2002, soit à l'intérieur de la période applicable.

[61] Cependant, ces dispositions constituent une période statique ce qui a pour effet de discréditer toute bonne conduite éventuelle du demandeur. En outre, celui-ci aurait pu démontrer une réadaptation complète au cours d'une longue période de temps, sans qu'elle ne se trouve à l'intérieur de « la période applicable mentionnée au paragraphe 4(1) ».

[62] La Commission elle-même semble avoir reconnu ce problème et, comme le reconnaît le défendeur, elle a adopté une démarche inégale quant à la détermination de la période applicable, soit de la date d'expiration de la peine ou de la date de la demande. En outre, dans la décision *Conille*, précitée, la Cour a statué que la Commission pouvait tenir compte de la conduite durant la période s'écoulant de l'expiration de la peine à la date de la demande.

[63] Une interprétation littéraire de la LCJ va immanquablement, dans certains cas, entraîner une injustice grave ou contrecarrer l'objet visé par le législateur. À mon sens, c'est ce qui s'est produit dans l'espèce. La Commission a fondé sa décision sur un parjure commis en 2001 et en 2002, lequel a été volontairement révélé par le demandeur en 2004. En l'occurrence, la demande de 2014 a été présentée au moins dix ans après l'écart de conduite qui a servi à justifier le refus de celle-ci. Afin d'éviter cette injustice, le demandeur avance que la Commission aurait dû examiner les dix années précédant la date de la demande, ou l'ensemble de la période de 2001 à la date de la demande pour rendre sa décision. Il me semble que la Cour et la Commission ont par le passé reconnu les injustices et les absurdités qui pouvaient découler d'une application littéraire de la LCJ et ont cherché des moyens d'éviter de telles situations.

[64] I note that Justice McDonald faced this very problem in *Gary Mark*, above, and addressed it as follows:

> There is jurisprudence on the issue of the relevant time period when the Act referred to a 5 year time frame versus the current 10 year reference. This case law is still relevant to the analysis in this case. In *Conille v Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 613, the Court found that the Board can consider conduct from the expiration of the sentence up until the date the application is submitted. In that case, the Applicant applied for a pardon in 1999 for an offence going back to 1988. The Applicant submitted that the Board erred by limiting its analysis to the 5 year period following his conviction and not considering comprehensively his conduct since the date of his conviction. The Court found that the 5 year period following the expiration of the applicant's sentence "constitutes an important period that the Board must take into account." (para. 17) The Court went on to find that the Board did not perform a "static and fixed" analysis limiting itself to that 5 year period, but did consider conduct beyond the 5 year period following the conviction. (para. 19)
>
> In two other cases, *Foster*, above, and *Yussuf v Canada (Attorney General)*, 2004 FC 907, the relevant time period considered by the Board, was the time period preceding the applications. In *Foster*, above, the Court found that the Board reviewed various charges that had been laid against the applicant over the years, but focused on the charges in the 5 years preceding the application. (para. 8). In *Yussuf*, the Applicant applied for a pardon in May 2000. His last conviction was entered in May, 1993. The Parole Board of Canada refused his application, relying on charges laid in 2001. In reviewing the decision to deny the Applicant a pardon, the Court found that the Board had an obligation to consider relevant evidence during the relevant 5 year period; which, according to the Court's analysis was the 5 year period preceding the application. (paras. 17-18)
>
> It is similarly evident from the judicial review in *Saini*, above, that the Parole Board in that case relied upon the period preceding the application to evaluate good conduct. The applicant applied for a record suspension in August 2012. His last conviction was in 1995, and his

[64] Je remarque que le juge McDonald a rencontré la même difficulté dans la décision *Gary Mark*, précitée, et l'a abordée comme suit :

> [TRADUCTION] Il existe de la jurisprudence quant à la question de la période applicable décrite dans la Loi comme une période de cinq ans, par rapport à la période de dix ans qui tient lieu de référence. La jurisprudence est encore pertinente à l'analyse de l'espèce. Dans *Conille c Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 613, la Cour a déterminé que la Commission pouvait tenir compte de la conduite du demandeur à partir de la date d'expiration de la dernière peine jusqu'à la date de la demande. En l'espèce, le demandeur demande un pardon en 1999 pour une infraction commise en 1988. Le demandeur estime que la Commission a commis une erreur en limitant son analyse à la période de cinq ans suivant sa condamnation et omettant de tenir compte de sa conduite dans son ensemble depuis celle-ci. La Cour a déterminé que la période de cinq ans suivant l'expiration de la peine d'un demandeur « constitue une période importante dont doit tenir compte la Commission » (paragraphe 17). La Cour a déterminé que la Commission n'avait pas effectué une analyse « statique et figée » en se limitant à la période de cinq ans, mais qu'elle avait tenu compte de la conduite du demandeur au-delà de cette période (paragraphe 19).
>
> Dans deux autres cas, *Foster*, précité, et *Yussuf c Canada (Procureur général)*, 2004 CF 907, la Commission avait déterminé que la période applicable se calculait de la date de la demande. Dans *Foster*, précité, la Cour a statué que la Commission avait examiné les diverses accusations qui avaient été portées contre le demandeur au fil du temps, mais s'étaient surtout attardées à celles portées dans les cinq années précédant sa demande (paragraphe 8). Le demandeur dans *Yussuf* a présenté sa demande en mai 2000. Sa dernière condamnation remontait à mai 1993. La Commission nationale des libérations conditionnelles avait refusé sa demande en raison d'accusations déposées contre le demandeur en 2001. La Cour a statué que la Commission nationale des libérations conditionnelles était tenue, dans sa décision de refuser une demande de réhabilitation, examiner les éléments de preuve pertinents à la période applicable qui, selon l'analyse de la Cour, s'étendait sur les cinq années précédant la date de la demande (paragraphe 17 et 18).
>
> Cette situation s'apparente au contrôle judiciaire de la décision *Saini*, précité, alors que la Commission nationale des libérations conditionnelles a examiné la période précédant la demande pour déterminer la bonne conduite du demandeur. Le demandeur a présenté une nouvelle

sentence was a fine which he paid. In refusing the application, the Board found that the applicant had not demonstrated good conduct based on a charge he received in 2009.

It is clear from the cases referenced above that the Parole Board does not take a consistent approach to the relevant time frame for consideration. In different cases different approaches have been taken. Regardless, the Parole Board must nonetheless conduct a balanced analysis of all of the information for the chosen time frame.

In this case, the Parole Board's decision is based entirely on charges dating from 1999 to 2002. Unlike the situation in the *Conille* case, here the Parole Board did not consider Mr. Mark's conduct beyond the years 1999 to 2002 regardless of the start date for the 10 year consideration. The decision is completely lacking in any analysis of the years when Mr. Mark was not charged or convicted of any Federal offence. It is not clear that this was even considered by the Parole Board. Nor did the Board take into account the significant evidence of the positive changes in Mr. Mark's life all of which demonstrate good conduct and rehabilitation. This is relevant evidence of "good conduct" and "behaviour that is consistent with and demonstrates a law-abiding lifestyle." The Board should have considered this evidence. See: *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minter of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 at para 17.

I find that the Board erred in focusing only on the 1999 to 2002 timeframe when the legislation specifically references consideration of a 10 year timeframe. I therefore conclude that the Board's approach was unreasonable and the request for judicial review will be allowed.

[65] In my view, the Board's approach to the relevant ten-year time period in the present case has resulted in a reviewable error that creates an injustice. The Board should have addressed the purposes of the legislation

demande de suspension de casier en août 2012. Sa dernière condamnation remonte à 1995, la peine était une amende qui a été réglée. La Commission a refusé sa demande au motif qu'il n'avait pas fait preuve de bonne conduite en raison d'une accusation déposée à son encontre en 2009.

Il est évident, à la lecture des décisions citées précédemment, que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'a pas suivi une démarche constante dans la détermination de la période applicable à examiner. Différentes démarches ont été suivies dans différentes décisions. Néanmoins, la Commission nationale des libérations conditionnelles doit effectuer une analyse pondérée de tous les renseignements pour la période choisie.

En l'espèce, la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles est fondée entièrement sur des accusations remontant à la période de 1999 à 2002. Contraire à Conille, la Commission nationale des libérations conditionnelles n'a pas tenu compte de la conduite de M. Mark au-delà de la période de 1999 à 2002, nonobstant la date de début de la période applicable de 10 ans. La décision est entièrement dépourvue d'une analyse des années où M. Mark n'a ni été accusé ni condamné relativement à une infraction à une loi fédérale. Il n'est pas clair que celles-ci ont même été considérées par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il ne semble pas non plus que la Commission nationale des libérations conditionnelles eût tenu compte des preuves importantes étayant les changements positifs dans la vie de M. Mark, qui témoignent tous de sa bonne conduite et de sa réadaptation. Il s'agit de preuves pertinentes de « bonne conduite » et d'un « comportement constant et démontrant une capacité de mener une vie dans le respect des lois ». La Commission aurait dû tenir compte de ces éléments de preuve. Voir : *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35, au paragraphe 17.

J'estime que la Commission a commis une erreur en se concentrant uniquement sur la période de temps s'étirant de 1999 à 2002 alors que la loi fait clairement référence à l'examen d'une période de dix ans. Par conséquent, je conclus que la démarche de la Commission était déraisonnable et la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[65] À mon sens, la démarche de la Commission quant à la période applicable de dix ans à l'espèce a entraîné une erreur susceptible de révision et créé une injustice. La Commission aurait dû tenir compte de l'objet visé

and realized that the Board's static approach means that the applicant may never be able to redeem himself. The evidence is clear that, since the perjury matter in 2001/2002 and his deportation in 2006, the applicant has completely turned his life around in admirable ways. His request for a pardon should not remain fixated on conduct going back to 2001/2002. In other cases, the Board itself has found ways to avoid this kind of result by either counting back from the time of the application or examining the whole period up to the time of the application and the Court has endorsed this more flexible and purposeful approach. Both the Board and the Court have recognized that the inflexible, fixed approach can cause severe injustice and, in effect, defeat the purposes of the CRA. The Board in the present case did not turn its mind to the practices of the Board itself, and the jurisprudence of the Court on this issue, and thus failed to consider the strong evidence of good conduct and rehabilitation during a meaningful period of time. The result is an entirely unreasonable decision that falls outside the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[66] The applicant raises other issues for review but it is not necessary to address them given my conclusions set out above. The Decision must be quashed but, given the applicant's tragic death, there is no point in returning it for reconsideration.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed. The Decision is quashed.

par la loi et s'apercevoir que sa démarche statique signifiait que le demandeur pourrait ne jamais être en mesure d'obtenir sa réhabilitation. La preuve est claire : depuis le parjure de 2001–2002 et son expulsion en 2006, le demandeur a complètement refait sa vie de façon admirable. Sa demande de réhabilitation ne devrait pas être endiguée par un accent indu sur une conduite remontant à 2001–2002. La Commission a su, dans d'autres cas, trouver des moyens pour éviter ce type de résultats soit en comptant la période à partir du moment de la demande ou en examinant l'ensemble de la période depuis la dernière condamnation à la date de la demande et la Cour a appuyé cette démarche plus souple et adaptée à l'intention du législateur. Tant la Commission et la Cour ont reconnu qu'une démarche rigide et statique pouvait causer des injustices graves et contrevenir à l'objet visé par la LCJ. La Commission, dans l'espèce, ne s'est pas harmonisée à ses propres pratiques, et à la jurisprudence de la Cour sur cette question, et a omis de tenir compte d'une preuve solide étayant la bonne conduite et la réadaptation du demandeur au cours d'une période probante de sa vie. Le résultat est entièrement déraisonnable et la décision ne se situe pas parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[66] Le demandeur a soulevé d'autres questions, mais il n'est pas nécessaire d'y répondre étant donné les conclusions précédentes. La décision est annulée, mais étant donné le décès tragique du demandeur, il est inutile de la soumettre à un réexamen.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée.

T-1159-16
2017 FC 604

Jimmy Bilodeau-Massé (*Applicant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: BILODEAU-MASSÉ V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Federal Court, Martineau J.—Montréal, March 27; Ottawa, June 19, 2017.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of Parole Board of Canada decision maintaining suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO), recommending new information be laid under Criminal Code, s. 753.3 — Parole Board finding that no supervision program could adequately protect society against applicant's risk of recidivism, that applicant failing to comply with supervision conditions — Applicant, long-term offender subject to LTSO — In addition to decision, Parole Board, in exercising discretion conferred thereon under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case — Applicant having various cognitive limitations, under legal authority of Correctional Service of Canada (Service) — When applicant's case referred to Board, counsel for applicant requesting, inter alia, in-person post-suspension hearing — CCRA, s. 140(1) stipulating that hearing mandatory in cases listed in paragraphs (a) to (e) thereof — However, according to CCRA, s. 140(2), Board having discretion to hold hearing in other cases, which includes post-suspension hearing following suspension of LTSO — Whether Federal Court having jurisdiction to rule on validity of CCRA, ss. 140(1),(2); if so, whether appropriate to grant declaratory relief in present case — Federal Court having jurisdiction to render declaratory judgment on constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2) as well as on extent of Board's obligations under principles of fundamental justice, administrative law — Three branches of test established by Supreme Court of Canada in ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics met herein — As long as test met, Federal Court having jurisdiction to make declarations in constitutional matters such as declarations of invalidity — Federal Court also "superior court" for purposes of exercise of jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18 — Although not "superior court" within meaning of Constitution Act, 1867, s. 96, Federal Court nevertheless comparable to superior

T-1159-16
2017 CF 604

Jimmy Bilodeau-Massé (*demandeur*)

c.

Procureur général du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ : BILODEAU-MASSÉ C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Cour fédérale, juge Martineau—Montréal, 27 mars; Ottawa, 19 juin 2017.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'art. 753.3 du Code criminel — La Commission a jugé qu'aucun programme de surveillance ne pouvait adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'avaient pas été observées — Le demandeur est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD — En plus de sa décision, la Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier — Le demandeur présente diverses limites cognitives et est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service) — Lorsque le dossier du demandeur a été référé à la Commission, la procureure du demandeur a entre autres sollicité la tenue d'une audience post-suspension en personne — L'art. 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux art. a) à e) — Par contre, selon l'art. 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas, ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la validité des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC et le cas échéant, s'il était opportun de rendre un jugement déclaratoire dans le présent dossier — La Cour fédérale a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif — Les trois volets du critère établi par la Cour

court when exercising general supervisory power over federal boards under Federal Courts Act, s. 18 — Federal Court therefore having jurisdiction to make formal declaration of invalidity in matter where constitutional question validly raised, which was case here — Appropriate here for Federal Court to exercise discretion to grant declaratory relief respecting constitutional validity, applicability or operability of CCRA, ss. 140(1),(2), respecting extent of Board's obligations under principles of fundamental justice and/or administrative law — Court can properly issue declaratory remedy so long as having jurisdiction over issue at bar, question before court real, not theoretical, person raising issue having real interest to raise it — All stated criteria met in present case — Enough to state that Board must, in all respects, comply with principles of fundamental justice, hold in-person hearing in specific cases — Therefore, applicant having right to declaratory judgment — Application allowed in part.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Parole Board of Canada deciding, inter alia, to maintain suspension of applicant's long-term supervision order (LTSO) — Board also exercising discretion conferred thereon under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 140(2), determining that oral hearing not warranted in present case — Applicant arguing, inter alia, that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violating Charter, s. 7 — Constitutional question involving Parole Board's obligations respecting natural justice raised in present case — Whether CCRA, ss. 140(1),(2) violating Charter, s. 7 — Applicant's right to liberty engaged by application of mechanisms provided in CCRA, s. 135.1 — Necessary to determine whether discretionary nature of power granted under CCRA, s. 140(2) as to holding hearing breaching principles of fundamental justice — Scope of obligation to act fairly having variable content — In terms of CCRA, s. 135.1, lack of right to appeal favouring decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness — Principles of fundamental justice requiring that procedure be fair — Charter, s. 7 not automatically,

suprême du Canada dans l'arrêt ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics étaient remplis en l'espèce — Dès lors que le critère est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité — La Cour fédérale est également une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales — Bien qu'elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu'elle exerce en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales un pouvoir général de surveillance à l'égard des offices fédéraux — La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d'invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est validement soulevée, ce qui était le cas en l'espèce — En l'espèce, il était opportun que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des art. 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif — Cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever — Tous ces critères étaient rencontrés dans le présent dossier — Il suffisait de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et tenir une audience en personne dans les cas particuliers — Par conséquent, le demandeur avait droit au jugement déclaratoire demandé — Demande accueillie en partie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Commission des libérations conditionnelles a entre autres décidé de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) visant le demandeur — La Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par l'art. 140(2) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier — Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'art. 7 de la Charte — Une question constitutionnelle concernant l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la justice naturelle a été soulevée en l'espèce — Il s'agissait de savoir si les art. 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'art. 7 de la Charte — Le droit à la liberté du demandeur était engagé par l'application des mécanismes prévus à l'art. 135.1 de la LSCMLC — Il y avait donc lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par l'art. 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience

systemically requiring oral hearing even if rights guaranteed by provision are at issue — Insofar as CCRA, s 140(2) not legally prohibiting hearing, when this can prove necessary in specific circumstances of case being reviewed, existence of such discretionary power neutral, not conflicting with principles of fundamental justice guaranteed by Charter, s. 7.

va à l'encontre des principes de justice fondamentale — La portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable — S'agissant de l'art. 135.1 de la LSCMLC, l'absence d'un droit d'appel militait donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale — Les principes de justice fondamentale requièrent que la procédure soit équitable — L'art. 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu — Dans la mesure où l'art. 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'art. 7 de la Charte.

This was an application for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada maintaining the suspension of the applicant's long-term supervision order (LTSO) and recommending that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. The Parole Board found that no supervision program could adequately protect society against the applicant's risk of recidivism and that, by all appearances, he had failed to comply with his supervision conditions. At issue in this case was the extent of the obligations of the Parole Board respecting natural justice, the law and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when, following the suspension of an LTSO, it decides under subsection 135.1(6) of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA) to maintain the suspension of the LTSO and/or to recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. In addition to challenging the Parole Board's decision, the applicant sought declaratory relief.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'article 753.3 du *Code criminel*. La Commission a jugé qu'aucun programme de surveillance ne pouvait adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'avaient pas été observées. Le litige portait sur l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la justice naturelle, de la loi et/ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque, à la suite de la suspension d'une OSLD, elle décide en vertu du paragraphe 135.1(6) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC), de maintenir la suspension de l'OSLD et/ou de recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*. En plus de contester la décision de la Commission des libérations conditionnelles, le demandeur a demandé un jugement déclaratoire.

The applicant is a long-term offender subject to an LTSO until its expiry. In addition to its decision, the Parole Board, in exercising the discretion conferred upon it under subsection 140(2) of the CCRA, determined that an oral hearing was not warranted in this case. The applicant has various cognitive limitations and the mental age of a young child and is unable to ensure the protection of his person, his civil rights and to administer his property. The applicant's record showed persistent criminal behaviour since his criminal record began. The applicant is under the legal authority of the Correctional Service of Canada (Service). The Board imposed supervision conditions but, as a result of various breaches of these conditions, the Service suspended the applicant's community supervision multiple times. When the applicant's case was referred to the Board, counsel for the applicant submitted

Le demandeur est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD jusqu'à son expiration. En plus de sa décision, la Commission, dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier. Le demandeur présente diverses limites cognitives et a l'âge mental d'un jeune enfant, en plus d'être inapte à assurer la protection de sa personne, à exercer ses droits civils et à administrer ses biens. Le dossier du demandeur a fait état d'une criminalité persistante depuis l'ouverture de sa fiche criminelle. Le demandeur est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service). La Commission a imposé au demandeur des conditions de surveillance, mais suite à divers bris de ces conditions, la surveillance en communauté du demandeur a été suspendue par le Service à plusieurs

written representations while requesting an in-person post-suspension hearing. Nevertheless, the Board maintained the suspension of the LTSO and new criminal charges were brought against the applicant for breach of the LTSO to which the applicant pleaded guilty.

Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in cases listed in paragraphs (a) to (e) thereof. However, according to subsection 140(2) of the CCRA, the Board has the discretion to hold a hearing in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO.

The applicant argued, *inter alia*, that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violates section 7 of the Charter, that the principles of fundamental justice require that the offender be able in all cases to appear in person before the Board for a post-suspension hearing and that the Board breached procedural fairness or otherwise rendered an unreasonable decision by refusing to hold a post-suspension hearing.

The main issues were whether the Federal Court had jurisdiction to rule on the validity of subsections 140(1) and (2) of the CCRA; if so, whether it was appropriate to grant declaratory relief in this case; and whether subsections 140(1) and (2) of the CCRA violated section 7 of the Charter.

Held, the application should be allowed in part.

The Federal Court has jurisdiction to render a declaratory judgment on the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA as well as on the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law. The three branches of the test established by the Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* were met in this case: (1) a statute grants jurisdiction to the Federal Court; (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case; and (3) that federal law is constitutionally valid. As long as the test is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters such as declarations of invalidity. Regarding sections 18 and 28 of the *Federal Courts Act*, in order to truly exercise their superintending and reforming function regarding the legality of decisions by any federal board, commission or other tribunal, the Federal Courts must perforce be able to declare inoperative and/or unconstitutional any provision

reprises. Lorsque le dossier du demandeur a été référé à la Commission, la procureure du demandeur a fait parvenir à la Commission des représentations écrites tout en sollicitant la tenue d'une audience post-suspension en personne. Néanmoins, la Commission a maintenu la suspension de l'OSLD et de nouvelles accusations criminelles pour bris des conditions imposées par l'OSLD ont été portées contre le demandeur, auxquelles il a plaidé coupable.

Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD.

Le demandeur a fait valoir, entre autres, que l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'article 7 de la Charte, que les principes de justice fondamentale exigent que le délinquant puisse, dans tous les cas, être rencontré en personne par la Commission dans le cadre d'une audience post-suspension et que la Commission a contrevenu aux principes d'équité procédurale, ou a autrement rendu une décision déraisonnable en refusant de tenir une audience post-suspension.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la validité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC et le cas échéant, s'il était opportun de rendre un jugement déclaratoire dans le présent dossier, et si les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'article 7 de la Charte.

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

La Cour fédérale a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif. Les trois volets du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* étaient remplis en l'espèce : 1) une loi attribue compétence à la Cour fédérale; 2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et 3) la loi fédérale est constitutionnellement valide. Dès lors que le critère est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité. S'agissant des articles 18 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour véritablement exercer leur rôle de supervision et de contrôle de la légalité des décisions rendues par tout office fédéral, les Cours fédérales doivent

inconsistent with the Constitution, the supreme law of Canada. The Federal Court is also a "superior court" for the purposes of the exercise of the jurisdiction under section 18 of the *Federal Courts Act*. Although it is not a "superior court" within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court is nevertheless comparable to a superior court when it exercises general supervisory power over federal boards under section 18 of the *Federal Courts Act*. The same applies when it deals with a matter under section 17 of the *Federal Courts Act*. The Federal Court therefore has jurisdiction to make a formal declaration of invalidity in a matter where the constitutional question is validly raised, which was the case here. Moreover, in enacting section 57 of the *Federal Courts Act*, Parliament established the statutory framework under which, for the better administration of federal laws and regulations, a constitutional question may be validly argued before the Federal Court of Appeal, the Federal Court or a federal board and, consequently, before the Supreme Court itself, when an appeal has been authorized. Accordingly, the Parliament of Canada clearly intended to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters. Otherwise, section 57 of the *Federal Courts Act* would no longer have any practical utility.

It was appropriate in this case for the Federal Court to exercise its discretion to grant declaratory relief respecting the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA and respecting the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law. No court can claim to be in a better position than the other to rule on the question of the constitutional validity of a provision of the CCRA. According to case law, the Federal Court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. All of these criteria were met in this case. First, the lawfulness of the actions of the Service or of the Board's decisions could be reviewed by the Federal Court at first instance under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. Second, the constitutional question raised by the applicant was unprecedented, was not being argued before another tribunal, and was not theoretical. Third, because the applicant was subject to an LTSO, he had a genuine interest in having the Court determine the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA when the Board conducts a post suspension review pursuant to section 135.1 of the CCRA.

forcément être en mesure de déclarer inopérante et/ou inconstitutionnelle toute disposition incompatible avec la Constitution, la loi suprême du Canada. La Cour fédérale est également une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Bien qu'elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu'elle exerce en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* un pouvoir général de surveillance à l'égard des offices fédéraux. Il en est de même lorsqu'elle est saisie d'une action en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d'invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est validement soulevée, ce qui était le cas en l'espèce. Par ailleurs, en édictant l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Parlement a établi le cadre juridique statutaire suivant lequel, pour la meilleure administration des lois fédérales et de ses textes d'application, une question constitutionnelle peut être validement débattue devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale (ou même un office fédéral), et partant — devant la Cour suprême elle-même, lorsqu'un pourvoi a été autorisé. En conséquence, l'intention du Parlement du Canada était clairement de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignants en matière constitutionnelle. Autrement, l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'aurait plus aucune utilité pratique.

En l'espèce, il était opportun que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif. Nulle cour ne peut prétendre être mieux placée que l'autre pour statuer sur la question de validité constitutionnelle d'une disposition de la LSCMLC. Selon la jurisprudence, cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. Tous ces critères étaient rencontrés dans le présent dossier. Premièrement, la légalité des actions du Service ou des décisions de la Commission pouvait être examinée par la Cour fédérale, en première instance, en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Deuxièmement, la question constitutionnelle soulevée par le demandeur était inédite, n'était pas débattue devant un autre tribunal et n'était pas théorique. Troisièmement, s'agissant d'un délinquant visé par une OSLD, le demandeur avait un intérêt réel à faire déterminer la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC lorsque la Commission procède à un examen post-suspension en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC.

The binding effect of a declaration of constitutional invalidity or inoperability was discussed. The Attorney General of Canada was validly constituted as the respondent in this application for judicial review and judicial declaration. In this case, the Government of Canada would be bound by this Court's ruling, once the decision became final and all appeal mechanisms were exhausted. Therefore, any declaratory relief in this case may have a meaningful effect. Consequently, given in particular that the Federal Court had jurisdiction in this matter, it was not in the best interests of justice to ask the applicant to have the Superior Court of Quebec address this point to resolve the constitutional question that was before the Court.

L'effet contraignant d'une déclaration d'invalidité ou d'inopérabilité constitutionnelle a été examiné. Le procureur général du Canada a été validement constitué à titre de défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire. En l'espèce, le gouvernement du Canada sera lié par le jugement de la présente Cour, une fois que celui-ci sera final et que les mécanismes d'appel auront été épuisés. Par conséquent, tout jugement déclaratoire dans ce dossier pourrait avoir un effet utile. Considérant donc que la présente Cour avait compétence en la matière, il était contraire aux meilleurs intérêts de la justice que d'inviter le demandeur à s'adresser à ce point-là à la Cour supérieure du Québec pour faire trancher la question constitutionnelle dont était légalement saisie la Cour fédérale.

The merits of the parties' arguments on the constitutional question involving subsections 140(1) and (2) of the CCRA were also examined. Under section 7 of the Charter, everyone has the "right to life, liberty and security of the person" and the right not to be deprived thereof except "in accordance with the principles of fundamental justice." The applicant's right to liberty was engaged by application of the mechanisms provided in section 135.1 of the CCRA. It was therefore necessary to determine whether the discretionary nature of the power granted under subsection 140(2) of the CCRA as to holding a hearing breaches principles of fundamental justice. The scope of the obligation to act fairly has variable content. In terms of section 135.1 of the CCRA, although the Board made only a recommendation that was not binding on the respondent, the offenders cannot appeal Board decisions to the Court of Appeal. The lack of a right to appeal favoured a decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness. Before refusing to meet with the offender in person at a post-suspension hearing, the Board must first make sure that the reliable and convincing nature of the file's information allows an informed decision to be made. The principles of fundamental justice do not require that an individual benefit from the most favourable procedure but require that the procedure be fair. Section 7 of the Charter does not automatically and systemically require an oral hearing even if the rights guaranteed by this provision are at issue. Insofar as subsection 140(2) of the CCRA does not legally prohibit a hearing, when this can prove necessary in the specific circumstances of the case being reviewed, the existence of such a discretionary power is neutral and does not conflict with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter.

Le mérite des arguments des parties concernant la question constitutionnelle liée aux paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC a également été examiné. L'article 7 de la Charte garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'« en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Le droit à la liberté du demandeur était engagé par l'application des mécanismes prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. Il y avait donc lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience va à l'encontre des principes de justice fondamentale. La portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable. S'agissant de l'article 135.1 de la LSCMC, bien que la Commission ne fasse que rendre une recommandation qui ne lie en rien le défendeur, il n'en demeure pas moins que les délinquants ne peuvent faire appel des décisions de la Commission à la section d'appel. L'absence d'un droit d'appel militait donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale. Avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, la Commission doit d'abord s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un individu bénéficie de la procédure la plus favorable, mais requièrent que la procédure soit équitable. L'article 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu. Dans la mesure où le paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte.

In conclusion, although the residual liberty of a long-term offender is limited after an LTSO suspension, section 7 of the Charter does not oblige the Board to hold a post-suspension

En conclusion, bien que la liberté résiduaire d'un délinquant à contrôler soit restreinte à la suite de la suspension d'une OSLD, l'article 7 de la Charte n'oblige pas la Commission

hearing in all cases where the Service has referred the file to it. Subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not prevent the Board from holding a post-suspension hearing in cases where it is asked to exercise the powers set out in section 135.1 of CCRA. The discretion conferred by subsection 140(2) may be applied in a manner that respects the rights guaranteed by the Charter, particularly when a question of credibility is a determining factor in the file. It was enough to state that the Board must, in all respects, comply with the principles of fundamental justice and hold an in-person hearing in specific cases. Therefore, the applicant had a right to a declaratory judgment.

à tenir une audience post-suspension dans tous les cas où le dossier lui est référé par le Service. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC n'empêchent pas la Commission de tenir une audience post-suspension dans le cas où elle est appelée à exercer les pouvoirs prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. La discrétion conférée par le paragraphe 140(2) peut être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la Charte, notamment lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Il suffisait de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et tenir une audience en personne dans les cas particuliers. Par conséquent, le demandeur avait droit au jugement déclaratoire demandé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

British North America Act, 1867 (The), 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5].
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 9, 23, 24(1), 32.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10(1),(3),(4).
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, ss. 76, 77.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(27), 92(14), 96–101, 99, 129, 135.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 101(a), 124(3), 129, 130, 131, 134.1(4), 134.2(1), 135(7), 135.1, 140.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 161(1), 164(1),(2).
Court of Chancery (England) Act, 1850 (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35.
Court of Chancery Procedure Act, 1852 (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 86.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 753.1, 753.2(3), 753.3.
Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, ss. 2(2), 4, 4.1(1), 5(1)(d).
Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, s. 26.1(2).
Exchequer Court Act, R.S.C. 1952, c. 98, s. 29(c).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "relief", 4, 5.3, 5.4, 17, 18, 18.1, 23, 26, 27, 28, 44, 50, 57.
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, ch. 11, art. 1, 15, 58, 60, 61.
Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, no 5].
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], art. 1, 7, 9, 23, 24(1), 32.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 753.1, 753.2(3), 753.3.
Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25.01, art. 76, 77.
Court of Chancery (England) Act, 1850 (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35.
Court of Chancery Procedure Act, 1852 (R.-U.), 15 & 16 Vict., ch. 86.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Décret fixant au 1er décembre 2012 la date d'entrée en vigueur des articles 526 à 528 de la loi, TR/2012-88.
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant, DORS/97-175.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nº 1) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 5], art. 91(27), 92(14), 96–101, 99, 129, 135.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1, art. 231.4.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1) « juridiction supérieure ou cour supérieure ».
Loi renforçant la citoyenneté canadienne, L.C. 2014, ch. 22.

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.4.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) "superior court".
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 1992, c. 19, s. 527.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.
Order Fixing December 1, 2012 as the Day on which Sections 526 to 528 of the Act Come into Force, SI/2012-88.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 33.
Statute of Westminster, 1931, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].
Strengthening Canadian Citizenship Act, S.C. 2014, c. 22.
Supreme and Exchequer Court Act (The), S.C. 1875, c. 11, ss. 1, 15, 58, 60, 61.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 6, 45.
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, ss. 3, 4.
Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 19.2.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10(1),(3),(4).
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 19.2.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 29c).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), ch. 10, art. 18.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3, 6, 45.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2e suppl.), ch. 3, art. 26.1(2).
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 2(2), 4, 4.1(1), 5(1)d).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 101a), 124(3), 129, 130, 131, 134.1(4), 134.2(1), 135(7), 135.1, 140.
Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 1992, ch. 19, art. 527.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « réparation », 4, 5.3, 5.4, 17, 18, 18.1, 23, 26, 27, 28, 44, 50, 57.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 161(1), 164(1),(2).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 33.
Statut de Westminster de 1931, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, nº 27].
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, art. 3, 4.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 26 D.L.R. (4th) 641; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

DISTINGUISHED:

Windsor (City) v. Canadian Transit Co., 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, revg 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265; *Canada (Procureur général) v. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII), affg *sub nom. Way v. Commission des*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Premier ministre) c. Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Windsor (City) c. Canadian Transit Co., 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, infirmant 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265; *Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII), confirmant *sub nom. Way c.*

libérations conditionnelles du Canada), 2014 QCCS 4193.

CONSIDERED:

Gallone v. Canada (Attorney General), 2015 FC 608, [2015] F.C.J. No. 598 (QL); *Laferrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612, [2015] F.C.J. No. 578 (QL); *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, (1988), 45 C.C.C. (3d) 204; *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119, (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; *"B" v. Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602 (T.D.); *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Northern Telecom v. Communication Workers*, [1983] 1 S.C.R. 733, (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, (1980), 110 D.L.R. (3d) 594; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, (1989), 57 D.L.R. (4th) 197; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801, 1947 CanLII 301 (P.C.); *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, (1985), 52 O.R. (2d) 585; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Wolf v. The Queen*, [1975] S.C.R. 107, (1974), 47 D.L.R. (3d) 741; *R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, (1993), 108 D.L.R. (4th) 193; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, (1996), 132 D.L.R. (4th) 56.

REFERRED TO:

Blacksmith v. Canada (Attorney General), 2017 FC 605; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Borowski v.*

Commission des libérations conditionnelles du Canada), 2014 QCCS 4193.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Gallone c. Canada (Procureur général), 2015 CF 608, [2015] A.C.F. nº 598 (QL); *Laferrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612, [2015] A.C.F. nº 578 (QL); *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119; *« B » c. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1975] C.F. 602 (1re inst.); *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801, 1947 CanLII 301 (P.C.); *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Wolf c. La Reine*, [1975] R.C.S. 107; *R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75.

DÉCISIONS CITÉES :

Blacksmith c. Canada (Procureur général), 2017 CF 605; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Borowski c.*

Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 388, (1986), 29 D.L.R. (4th) 107 (C.A.); *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365, revd 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3; *Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3, (1993), 69 F.T.R. 81 (T.D.); *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, (1997), 147 D.L.R. (4th) 457 (C.A.), revd on other grounds [1999] 1 S.C.R. 3, (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147, (1983), 146 D.L.R. (3d) 202; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, (1985), 52 O.R. (2d) 779; *Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607, (1969), 12 D.L.R. (3d) 710; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681, 1972 CanLII 153; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 60 A.R. 161; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 501; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; *Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII); *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18, [1899] O.J. nº 65 (QL) (Ch.D.); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2007] 3 R.C.S. x; *Charkaoui Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 388 (C.A.); *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365, inf. par 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3; *Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3 (1re inst.); *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), inf. pour d'autres motifs [1999] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Three Rivers Boatman Limited c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S. 607; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, 1972 CanLII 153; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII); *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18, [1899] O.J. nº 65 (QL) (Ch.D.); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2007] 3 R.C.S. x; *Charkaoui*

Light Co. v. Colling (1899), 31 O.R. 18, [1899] O.J. No. 65 (QL) (Ch.D.); *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, application for leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 3 S.C.R. x; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168; *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128, 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C.J.); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 150 D.L.R. (3d) 626, 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.); *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342, 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732, 5 C.C.C. (3d) 535 (B.C.S.C.); *Mitchell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 570, (1975), 61 D.L.R. (3d) 77; *Huynh v. Canada*, [1996] 2 F.C. 976, (1996), 134 D.L.R. (4th) 612 (C.A.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120.

c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168; *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128, 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C.J.); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 150 D.L.R. (3d) 626, 35 C.R. (3d) 135 (C.S.C.-B.); *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342, 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732, 5 C.C.C. (3d) 535 (C.S.C.-B.); *Mitchell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 570; *Huynh c. Canada*, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120.

AUTHORS CITED

Canada. Correctional Service of Canada. Commissioner's Directive No. 715-2, "Post – Release Decision Process", June 1, 2016.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Lemieux, Denis. "La nature et la portée du contrôle judiciaire" in *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, Vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2016.

Canada. Parole Board of Canada. *Decision-Making Policy Manual for Board Members*, 2nd ed., 2017.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2016.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Parole Board of Canada maintaining the suspension of the applicant's long-term supervision order and recommending that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. Application allowed in part.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission des libérations conditionnelles du Canada. *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires*, 2e éd., 2017.

Canada. Service correctionnel du Canada. Directive du commissaire nº 715-2, « Processus décisionnel postlibératoire », 1er juin 2016.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2015.

Lemieux, Denis. « La nature et la portée du contrôle judiciaire » dans *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2016.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4e éd. Toronto : Thomson Carswell, 2016.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des libérations conditionnelles de maintenir la suspension de l'ordonnance de surveillance de longue durée du demandeur et de recommander le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'article 753.3 du *Code criminel*. Demande accueillie en partie.

APPEARANCES

Nadia Golmier for applicant.
Marc Ribeiro and *Virginie Harvey* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Surprenant Magloé Golmier avocats, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

This is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

MARTINEAU J.:

I. Introduction

[1] Under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. In this case, does the Federal Court have jurisdiction to rule on the validity of subsections 140(1) and (2) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), and, if it does, would it be appropriate to grant declaratory relief today in this case?

[2] At issue is the extent of the obligations of the Parole Board of Canada (the Board) with respect to natural justice, the law and/or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), when, following the suspension of a long-term supervision order (LTSO), it decides under subsection 135.1(6) of the CCRA to maintain the suspension of the LTSO and/or to recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

ONT COMPARU

Nadia Golmier pour le demandeur.
Marc Ribeiro et *Virginie Harvey* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Surprenant Magloé Golmier avocats, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LE JUGE MARTINEAU :

I. Introduction

[1] En vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. En l'espèce, la Cour fédérale a-t-elle compétence pour statuer sur la validité des paragraphes 140(1) et (2) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC), et le cas échéant, est-il opportun de rendre aujourd'hui un jugement déclaratoire dans le présent dossier?

[2] Le litige porte sur l'étendue des obligations incombant à la Commission des libérations conditionnelles du Canada (Commission) en vertu de la justice naturelle, de la loi et/ou de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44] (Charte), lorsque, à la suite de la suspension d'une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD), elle décide en vertu du paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC de maintenir la suspension de l'OSLD et/ou de recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[3] Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in the cases listed in paragraphs (a) to (e) of subsection (1). However, according to subsection 140(2) of the CCRA, the Board has the discretion to hold a hearing in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO (section 135.1 of the CCRA).

[4] These provisions are reproduced below:

Mandatory hearings

140 (1) The Board shall conduct the review of the case of an offender by way of a hearing, conducted in whichever of the two official languages of Canada is requested by the offender, unless the offender waives the right to a hearing in writing or refuses to attend the hearing, in the following classes of cases:

(a) the first review for day parole pursuant to subsection 122(1), except in respect of an offender serving a sentence of less than two years;

(b) the first review for full parole under subsection 123(1) and subsequent reviews under subsection 123(5), (5.01) or (5.1);

(c) a review conducted under section 129 or subsection 130(1) or 131(1) or (1.1);

(d) a review following a cancellation of parole; and

(e) any review of a class specified in the regulations.

Discretionary hearing

(2) The Board may elect to conduct a review of the case of an offender by way of a hearing in any case not referred to in subsection (1).

[5] The applicant, Jimmy Bilodeau-Massé, is a long-term offender subject to an LTSO. In this case, the Board maintained the suspension of the LTSO and recommended that an information be laid charging the applicant with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. In addition, in exercising the discretion conferred upon it under subsection 140(2) of the CCRA, it deter-

[3] Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD (article 135.1 de la LSCMLC).

[4] Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

Audiences obligatoires

140 (1) La Commission tient une audience, dans la langue officielle du Canada que choisit le délinquant, dans les cas suivants, sauf si le délinquant a renoncé par écrit à son droit à une audience ou refuse d'être présent :

a) le premier examen du cas qui suit la demande de semi-liberté présentée en vertu du paragraphe 122(1), sauf dans le cas d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;

b) l'examen prévu au paragraphe 123(1) et chaque réexamen prévu en vertu des paragraphes 123(5), (5.01) et (5.1);

c) les examens ou réexamens prévus à l'article 129 et aux paragraphes 130(1) et 131(1) et (1.1);

d) les examens qui suivent l'annulation de la libération conditionnelle;

e) les autres examens prévus par règlement.

Audiences discrétionnaires

(2) La Commission peut décider de tenir une audience dans les autres cas non visés au paragraphe (1).

[5] Le demandeur, M. Jimmy Bilodeau-Massé, est un délinquant à contrôler soumis à une OSLD. En l'espèce, la Commission a maintenu la suspension de l'OSLD et a recommandé le dépôt d'une dénonciation imputant au demandeur l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, tandis que dans l'exercice de la discrétion qui lui est conférée par le paragraphe 140(2) de la

mined that an oral hearing was not warranted in this case, hence this application for judicial review and declaratory relief.

[6] The Attorney General of Canada is the respondent in this case. In accordance with section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, a notice of constitutional question was duly served on the respondent, as well as on the attorney general of each province, though they decided not to participate in the hearing. It is not disputed that subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers on Parliament exclusive jurisdiction over criminal law and procedure (except the constitution of courts of criminal jurisdiction), that the provisions of the CCRA and the *Criminal Code* on the supervision of long-term offenders in the community fall under federal jurisdiction, and that the legality of any decision by the Board may be reviewed by the Federal Court under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[7] This Court heard the parties' submissions on the merits concurrently with the application for judicial review and declaratory judgment of another long-term offender regarding a similar decision by the Board, raising the same questions of administrative and constitutional law (see *Blacksmith v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 605).

[8] At the hearing, counsel for the two applicants stated that the applicants were abandoning any claim regarding the violation of section 9 of the Charter, which provides that "[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned." Nevertheless, counsel for the applicants argues that the lack of guarantee of a post-suspension hearing violates section 7 of the Charter (constitutional question). For one, the suspension of the LTSO and the resulting reincarceration affect the offender's residual liberty. Moreover, the principles of fundamental justice require that the offender be able, in all cases, to appear in person before the Board for a post-suspension hearing. The hearing must be held prior to the expiration of the statutory time limit of 90 days set out in section 135.1 of

LSCMLC, elle a déterminé que la tenue d'une audience orale n'était pas justifiée dans ce dossier; d'où la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire.

[6] Le procureur général du Canada est partie au dossier à titre de défendeur. Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, un avis de question constitutionnelle a été dûment signifié au défendeur, ainsi qu'à tous les procureurs généraux des provinces — mais ces derniers ont choisi de ne pas participer au débat. Il n'est pas contesté que le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère compétence exclusive au Parlement du Canada en matière de procédure et de droit criminel (sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle), que les dispositions de la LSCMLC et du *Code criminel* relatives à la surveillance en communauté des délinquants à contrôler relèvent de la compétence fédérale, et que la légalité de toute décision rendue par la Commission peut être examinée par la Cour fédérale en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[7] La présente Cour a entendu les représentations au mérite des parties concurremment à la demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire d'un autre délinquant à contrôler visant une décision similaire de la Commission où les mêmes questions de droit administratif et de droit constitutionnel sont soulevées en l'espèce (voir *Blacksmith c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 605).

[8] À l'audience, la procureure des deux demandeurs a indiqué que ces derniers abandonnaient toute prétention au niveau de la violation de l'article 9 de la Charte, qui prescrit que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». Il n'empêche, plaide la procureure des demandeurs, l'absence de garantie d'une audience post-suspension viole l'article 7 de la Charte (question constitutionnelle). D'une part, la suspension de l'OSLD et la réincarcération qui en découle affectent la liberté résiduelle du délinquant. D'autre part, les principes de justice fondamentale exigent que le délinquant puisse, dans tous les cas, être rencontré en personne par la Commission dans le cadre d'une audience post-suspension. Celle-ci doit être tenue

the CCRA, unless the offender waives this right in writing or refuses to attend the hearing. In addition, the two applicants argue that the Board also breached procedural fairness, or otherwise rendered an unreasonable decision, by refusing to hold a post-suspension hearing, which warrants Court intervention.

[9] Although the Federal Court has jurisdiction to decide the constitutional question and make a formal declaration of invalidity, the respondent defends the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA. The Board acted under the authority of the law. The discretion to hold a hearing granted to the Board in subsection 140(2) of the CCRA does not violate section 7 of the Charter: the offender's freedom is not involved, and the discretion to hold a post-suspension hearing is not incompatible with the principles of fundamental justice. The Court must interpret the legislation in a manner that is consistent with these principles. A hearing is not necessarily required in all cases. Because the authority to hold a post-suspension hearing is not removed, subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not violate section 7 of the Charter. Additionally, any violation is justifiable under section 1. Regardless, there was no breach of procedural fairness, and the impugned decision by the Board is reasonable in all regards.

[10] The standard of correctness applies to the review of the constitutional question, to the determination of the legal scope of the rules of natural justice or procedural fairness, as well as to the question as to whether — given the particular facts of the case — the Board breached procedural fairness by maintaining the suspension of the LTSO and recommending that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*, without having held a hearing. At the same time, the standard of reasonableness applies to the review of the Board's determinations regarding the case (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC

avant l'expiration du délai statutaire de 90 jours prévu à l'article 135.1 de la LSCMLC, à moins que le délinquant ne renonce par écrit à ce droit ou refuse de se présenter à l'audience. De surcroît, les deux demandeurs soumettent que la Commission a, de toute façon, contrevenu aux principes d'équité procédurale, ou a autrement rendu une décision déraisonnable en refusant de tenir une audience post-suspension, ce qui justifie l'intervention de la Cour.

[9] Bien que la Cour fédérale ait compétence pour statuer sur la question constitutionnelle et prononcer une déclaration formelle d'invalidité, le défendeur soutient la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC. La Commission a agi sous l'autorité de la loi. La discrétion qu'accorde à la Commission au paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience ne va pas à l'encontre de l'article 7 de la Charte : la liberté du délinquant n'est pas engagée, tandis que le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience post-suspension n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale. La Cour doit favoriser une interprétation législative qui s'harmonise avec ces principes. Une audience n'est pas nécessairement requise dans tous les cas. Puisque le pouvoir de tenir une audience post-suspension n'est pas supprimé, les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne portent pas atteinte à l'article 7 de la Charte. Subsidiairement, toute atteinte est justifiable en vertu de l'article premier. De toute façon, il n'y a eu aucune violation à un principe d'équité procédurale, et la décision contestée de la Commission est à tous égards raisonnable.

[10] C'est la norme de la décision correcte qui s'applique à l'examen de la question constitutionnelle, à la détermination de la portée juridique des règles de justice naturelle ou d'équité procédurale, de même qu'à la question de savoir — eu égard aux faits particuliers de l'affaire — si la Commission a violé un principe d'équité procédurale en maintenant la suspension de l'OSLD et en recommandant le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, le tout sans avoir tenu une audience. D'un autre côté, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'examen des conclusions tirées sur le dossier par la Commission (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté*

12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*); *Gallone v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 608, [2015] F.C.J. No. 598 (QL) (*Gallone*), at paragraph 7; *Laferrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612, [2015] F.C.J. No. 578 (QL) (*Laferrière FC*)).

[11] In light of the particular facts of the case and the applicable federal statutory provisions, and having considered all of the parties' submissions and the relevant case law, I am satisfied that the Federal Court has jurisdiction to decide the constitutional question. It is also appropriate to issue a declaratory judgment on the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA and clarifying the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice. The immediate result of the declaratory judgment that follows these reasons will be to bind the parties to the case and the tribunal against which it is rendered.

II. Background

[12] The applicant is single and has no children. He is currently 24 years old. He has various cognitive limitations and the mental age of a child in elementary school. He has attention deficit hyperactivity disorder, conduct disorders, borderline personality disorder and a potential autism spectrum disorder. He is unable, partially and permanently, to ensure the protection of his person, to exercise his civil rights and to administer his property. Since 2015, the applicant has been under the protection of the Public Curator of Quebec.

[13] The applicant's record shows persistent criminal behaviour since his criminal record began in 2008 and a violence problem characterized by a strong, immature and explosive personality. However, despite his intellectual disability, the applicant does not have any psychiatric pathology that could explain his violent behaviour. The problem seems to be that when he gets bored or is facing a situation he feels is unfair, he tends to break the rules or demonstrate disruptive behaviour. Reintegration potential, accountability and motivation are all assessed as low. That being said, medication

et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*); *Gallone c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 608, [2015] A.C.F. nº 598 (QL) (*Gallone*), au paragraphe 7; *Laferrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612, [2015] A.C.F. nº 578 (QL) (*Laferrière CF*)).

[11] À la lumière des faits particuliers au dossier et des dispositions législatives fédérales applicables, et ayant considéré l'ensemble des représentations des parties — ainsi que la jurisprudence pertinente, je suis satisfait que la Cour fédérale a compétence pour statuer sur la question constitutionnelle. Il est également opportun d'émettre un jugement déclaratoire concernant la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC et clarifiant la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale. L'effet immédiat du jugement déclaratoire qui suit les présents motifs sera de lier les parties au dossier et l'office fédéral contre qui il est rendu.

II. Toile de fond

[12] Le demandeur est célibataire et sans enfant. Il est aujourd'hui âgé de 24 ans. Il présente diverses limites cognitives et a l'âge mental d'un enfant à l'étape de l'école primaire. Il souffre d'un trouble du déficit de l'attention avec hyperactivité, de troubles de conduite, d'un trouble de personnalité limité et d'un possible trouble du spectre de l'autisme. Il est inapte, partiellement et de façon permanente, à assurer la protection de sa personne, à exercer ses droits civils et à administrer ses biens. De fait, depuis 2015, le demandeur est soumis au régime de protection du Curateur public du Québec.

[13] Le dossier du demandeur fait état d'une criminalité persistante depuis l'ouverture de sa fiche criminelle en 2008 et révèle une problématique violente teintée d'un caractère fort, immature et explosif. Mais, en dépit de sa déficience intellectuelle, le demandeur ne souffre d'aucune pathologie psychiatrique pouvant expliquer son comportement violent. Le problème, semble-t-il, c'est que lorsque le demandeur s'ennuie ou fait face à une situation qu'il estime injuste, il a tendance à enfreindre les règlements ou adopter des comportements perturbateurs. Son potentiel de réinsertion sociale est

plays a key role in managing the risk the applicant poses to himself and society.

[14] On January 23, 2012, the applicant was charged with assault with a weapon and assault causing bodily harm against two staff members of the Institut universitaire en santé mentale de Québec. On January 22, 2012, he hit a nurse on the head twice with an iron bar while she was sitting at the station. He was also charged with uttering death threats the following day against another staff member and for failing to comply with an undertaking to be of good behaviour. The applicant pleaded guilty to these criminal charges.

[15] On February 25, 2013, the Court of Quebec ordered a pre-sentence psychiatric assessment as well as a dangerous or long-term offender assessment. The applicant was found to be responsible for his actions. On July 17, 2013, the Court of Quebec sentenced him to nine months in prison, in addition to the time already served on remand. At that time, he was declared a long-term offender.

[16] The applicant is under the legal authority of the Correctional Service of Canada (Service) and is subject to an LTSO that will expire in 2019. Specifically, the Board imposed on him supervision conditions it considered reasonable and necessary to protect society and facilitate his reintegration. The LTSO, which was amended a few times, stipulates that he must reside at the Martineau Community Correctional Centre (CCC), a specialized centre for offenders with mental health issues; participate in a treatment program to address his risk factors; and take medication as prescribed by a health practitioner. He was released into the community on April 16, 2014.

faible, de même que ses niveaux de responsabilisation et de motivation. Cela dit, la médication joue un rôle important au niveau de la gestion du risque que le demandeur représente pour lui-même et pour la société.

[14] Le 23 janvier 2012, le demandeur a été accusé de s'être livré à des voies de fait armées et des voies de fait avec lésions à l'égard de deux membres du personnel de l'Institut universitaire en santé mentale de Québec. De fait, le 22 janvier 2012, il a notamment asséné deux coups de barre de fer à la tête d'une infirmière qui était assise au poste. Il a aussi été accusé d'avoir, le lendemain de cet incident, proféré des menaces de mort à l'endroit d'un autre membre du personnel, et également de ne pas s'être conformé à un engagement, soit d'avoir une bonne conduite. Le demandeur a plaidé coupable à ces accusations criminelles.

[15] Le 25 février 2013, la Cour du Québec a requis une évaluation psychiatrique dans un cadre présentenciel, ainsi qu'une expertise sur les délinquants dangereux ou à contrôler. Le demandeur a été considéré comme responsable de ses actes. Le 17 juillet 2013, la Cour du Québec a imposé une peine d'emprisonnement de neuf mois, s'ajoutant à la détention préventive déjà purgée par le demandeur. À cette occasion, le demandeur a été déclaré délinquant à contrôler.

[16] Le demandeur est sous l'autorité légale du Service correctionnel du Canada (Service) et fait l'objet d'une OSLD qui expirera en 2019. En particulier, la Commission a imposé au demandeur des conditions de surveillance qu'elle juge raisonnables et nécessaires pour protéger la société et favoriser la réinsertion du demandeur. L'OSLD, qui a été amendée à quelques reprises, prévoit notamment que le demandeur doit séjourner au Centre correctionnel communautaire (CCC) Martineau — un centre spécialisé pour les délinquants souffrant de problèmes de santé mentale —, qu'il doit suivre un programme de traitement en lien avec les facteurs de risque et qu'il doit prendre des médicaments conformément aux prescriptions d'un praticien de la santé. De fait, le séjour du demandeur dans la communauté a débuté le 16 avril 2014.

[17] The Service suspended the applicant's community supervision multiple times as a result of various breaches of these conditions. Each time, he was reincarcerated at the Regional Mental Health Centre at Archambault Institution.

[18] Although post-suspension interviews were conducted with Service representatives and the applicant's case was referred to the Board three times, he appeared before the Board in person only once. This was in August 2015. On that occasion (the sixth suspension), the Board recommended that an information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*. Charges for breach of LTSO were laid in September 2015. During the applicant's appearance, his counsel requested a reassessment. He was declared fit to appear. In October 2015, the case was postponed, and the applicant was released on a promise to appear. He returned to the Martineau CCC on October 19, 2015, under a residency condition.

[19] On October 31, 2015, the applicant's LTSO was suspended a seventh time. The applicant had stolen the medical identity cards of two other offenders and had demonstrated threatening or intimidating behaviour — actions that he later said he regretted. The case was referred to the Board, which agreed to moderate. On January 13, 2016, the Board conducted a paper review and decided to cancel the suspension of the LTSO, while formally advising the applicant that it was dissatisfied with his behaviour and expected the supervisors not to tolerate any further misconduct. Given the regret the applicant expressed, the Board did not recommend that additional charges be laid against him under section 753.3 of the *Criminal Code*.

[20] On March 30, 2016, the Service suspended the applicant's supervision for the eighth time. The applicant had threatened a resident of the unit and had attempted to strangle another. He then fled from the unit. He was found several hours later. While fleeing, he hit and damaged a vehicle.

[17] La surveillance en communauté du demandeur a été suspendue par le Service à plusieurs reprises suite à divers bris de ces conditions. À chaque fois, le demandeur a été réincarcéré au Centre régional de santé mentale du pénitencier Archambault.

[18] Bien que des entrevues post-suspension aient eu lieu avec des représentants du Service, et qu'à trois occasions, le dossier du demandeur ait été référé à la Commission, celle-ci n'a rencontré ce dernier en personne qu'à une seule reprise. C'était en août 2015. À cette occasion — il s'agissait de la sixième suspension — la Commission a recommandé le dépôt d'une dénonciation en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel*. Des accusations pour non-respect des conditions de l'OSLD ont effectivement été portées en septembre 2015. Lors de la comparution du demandeur, son avocate a demandé une nouvelle évaluation. Il a été déclaré apte à comparaître. En octobre 2015, la cause a été reportée et il a été remis en liberté sous promesse de comparaître; il a réintégré le CCC Martineau, le 19 octobre 2015, en assignation à résidence.

[19] Le 31 octobre 2015, l'OSLD du demandeur a été suspendue pour une septième fois. Le demandeur avait alors volé les cartes d'identité médicale de deux autres délinquants et avait eu un comportement menaçant ou intimidant — gestes qu'il a dit regretter par la suite. Le dossier a été référé à la Commission qui a accepté de tempérer. Le 13 janvier 2016, la Commission a rendu, sur dossier, une décision annulant la suspension de l'OSLD — tout en avisant formellement le demandeur qu'elle était insatisfaite de son comportement et qu'elle s'attendait à une tolérance zéro de la part des surveillants quant à tout nouvel écart de conduite. Compte tenu des regrets exprimés, la Commission n'a pas recommandé que d'autres accusations en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel* soient portées contre le demandeur.

[20] Le 30 mars 2016, la surveillance du demandeur a été suspendue par le Service pour une huitième fois. Le demandeur avait alors menacé un résident de l'unité et il avait tenté d'en étrangler un autre. Il avait ensuite pris la fuite de l'unité. Il a été retrouvé plusieurs heures plus tard. Lors de sa fuite, le demandeur avait frappé sur un véhicule et l'avait endommagé.

[21] On April 14, 2016, the applicant was confronted with the facts alleged against him during a post-suspension interview conducted by an authorized Service representative. The Service maintained the suspension and referred the case to the Board.

[22] On April 22, 2016, the Service prepared an "Assessment for Decision" (Assessment), including a recommendation that an information be laid charging the applicant with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code*. The Assessment, which must be read in conjunction with the most recent correctional plan update and the applicant's criminal profile, was shared with the applicant in late May 2016.

[23] On June 5, 2016, counsel for the applicant submitted written representations to the Board, while requesting an in-person post-suspension hearing on the ground that the applicant [TRANSLATION] "has limited intellectual abilities, and his situation raises serious questions about the appropriate medication and treatment for his condition". Counsel also submitted the report prepared by Dr. Pierre Gagné, Director of the Clinique médico-légale de l'Université de Sherbrooke, indicating that the applicant's medication was not appropriate for his situation and therefore impeded his ability to comply with his LTSO conditions.

[24] The request for a post-suspension hearing was based on two arguments:

(a) Subsection 140(2) of the CCRA — which provides for a discretionary post-suspension hearing for offenders subject to an LTSO — violates sections 7 and 9 of the Charter (the Charter argument); and

(b) The hearing is all the more important in the applicant's case in order to ensure procedural fairness, because he has limited intellectual abilities and his situation raises serious questions about the appropriate medication and treatment for his condition (the administrative law argument).

[21] Le 14 avril 2016, le demandeur a été confronté aux faits qu'on lui reprochait lors d'une entrevue post-suspension menée par un représentant autorisé du Service. Le Service a maintenu la suspension et a référé le dossier à la Commission.

[22] Le 22 avril 2016, le Service a préparé une « Évaluation en vue d'une décision » (Évaluation), comportant une recommandation de dénonciation imputant au demandeur l'infraction à l'article 753.3 du *Code criminel*. L'Évaluation — qui doit être lue conjointement avec la dernière mise à jour du plan correctionnel et du profil criminel du demandeur — a été communiquée au demandeur à la fin de mai 2016.

[23] Le 5 juin 2016, la procureure du demandeur a fait parvenir à la Commission des représentations écrites — tout en sollicitant la tenue d'une audience post-suspension en personne — au motif que le demandeur « présente des capacités intellectuelles limitées et que sa situation soulève des questions sérieuses concernant la médication et les soins appropriés à sa condition ». La procureure a également produit l'expertise réalisée par le Dr Pierre Gagné, Directeur de la clinique médico-légale de l'Université de Sherbrooke, indiquant que la médicamentation du demandeur ne serait pas appropriée à sa situation — ce qui nuit par conséquent à sa capacité de respecter les conditions imposées dans le cadre de son OSLD.

[24] En particulier, la demande d'audience post-suspension reposait sur deux arguments :

a) Le paragraphe 140(2) de la LSCMLC — qui rend discrétionnaire la tenue d'une audience post-suspension dans les cas des délinquants visés par une OSLD — viole les articles 7 et 9 de la Charte (l'argument de Charte); et

b) L'audience dans le cas du demandeur est d'autant plus requise afin de respecter l'équité procédurale puisque ce dernier présente des capacités intellectuelles limitées et que sa situation soulève des questions sérieuses concernant la médication et les soins appropriés à sa condition (l'argument de droit administratif).

[25] The Board considered the information in its possession to be [TRANSLATION] "reliable and relevant" and enabled it to make an [TRANSLATION] "informed decision." With regard to the Charter and administrative law arguments, the Board said nothing in its June 7, 2016, decision except that it had [TRANSLATION] "read all of the representations from [counsel for the applicant]", but ultimately did not share her opinion because [TRANSLATION] "[i]t finds that a hearing is not warranted". The Board noted that the specialists agreed that, despite his intellectual disability, the applicant had no psychiatric illness and was responsible for his actions. Examining his behaviour in terms of public safety and the protection of society, the Board maintained the suspension of the LTSO and recommended that a new information be laid under section 753.3 of the *Criminal Code*, finding that no supervision program could adequately protect society against the applicant's risk of recidivism and that, by all appearances, he had failed to comply with his supervision conditions.

[25] La Commission a jugé que l'information en sa possession était « sûre et pertinente » et lui permettait de prendre une « décision éclairée ». S'agissant des arguments de Charte et de droit administratif, la Commission n'en dit point mot dans sa décision du 7 juin 2016, sinon qu'elle « a pris connaissance de l'ensemble des représentations de [la procureure du demandeur] », mais finalement, elle ne partage pas son opinion, car « [e]lle estime que la tenue d'une audience n'est pas justifiée ». La Commission note que les spécialistes s'entendent pour dire que le demandeur, malgré sa déficience intellectuelle, ne souffre d'aucune maladie psychiatrique et est responsable de ses actes. Examinant le comportement du demandeur à l'aune du bien-être public et de la protection de la société, la Commission maintient la suspension de l'OSLD et recommande le dépôt d'une nouvelle dénonciation conformément à l'article 753.3 du *Code criminel* — étant d'avis qu'aucun programme de surveillance ne peut adéquatement protéger la société contre le risque de récidive du demandeur et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'ont pas été observées.

[26] That decision is the subject of this application.

[26] C'est cette dernière décision qui fait l'objet de la présente attaque judiciaire.

[27] On June 21, 2016, new criminal charges were brought against the applicant for breach of LTSO.

[27] Le 21 juin 2016, de nouvelles accusations criminelles pour bris des conditions imposées par l'OSLD ont été portées contre le demandeur.

[28] On November 10, 2016, the applicant pleaded guilty to those charges and received a concurrent sentence of 18 months in prison.

[28] Le 10 novembre 2016, le demandeur a plaidé coupable à ces accusations et a été condamné à un emprisonnement concurrent de 18 mois.

III. Mootness of certain questions raised or of certain remedies sought by the applicant

III. Caractère théorique de certaines questions soulevées ou de certains remèdes recherchés par le demandeur

[29] Recall that under subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*, subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated

[29] Rappelons qu'en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour : a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral; b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment

by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal. In addition, subsections 18.1(3) and (4) of the *Federal Courts Act* authorize the Court to declare invalid or unlawful or quash a decision of a federal board, commission or other tribunal and, if applicable, to refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate—meaning that the Court may order that a hearing be held in cases of breach of natural justice or procedural fairness, and particularly of violation of the law.

[30] Moreover, in accordance with the well-established principles on prerogative writs and other discretionary remedies, a court of law may refuse to hear an application or to decide a question that has become moot (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342). And, even when an unlawful act was committed and a dispute still exists between the parties, the appropriate remedy is left to the Court's discretion. For example, the Federal Court may issue a declaration in lieu of any other judicial remedy (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 (*MiningWatch Canada*), at paragraph 43; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraphs 2 and 46–47).

[31] During the hearing before this Court, counsel for the applicant was confronted with the question as to whether this application for judicial review had become moot—either partially or totally—following the filing of charges under section 753.3 of the *Criminal Code* and her client's subsequent conviction. The questionable actions that resulted in the suspensions of the LTSO—including the one in spring 2016 that led to the impugned decision in this case—are not really at issue.

[32] However, counsel for the applicant argues that her client continues to be subject to an LTSO, meaning that the problematic situation alleged in this application for judicial review and declaratory relief is likely to recur more than once (for proof, one need only look at

de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral. De plus, les paragraphes 18.1(3) et (4) de la *Loi sur les Cours fédérales* autorisent la Cour à déclarer nul ou illégal, ou annuler toute décision de l'office fédéral, et le cas échéant, à lui renvoyer le dossier pour jugement, conformément aux instructions qu'elle estime appropriées — de sorte que la Cour pourra ordonner qu'une audience ait lieu dans les cas de non-respect d'un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale, ou encore de non-respect de la loi notamment.

[30] D'un autre côté, suivant les principes bien établis en matière de brefs de prérogative et autres remèdes discrétionnaires, une cour de justice peut refuser d'entendre une demande ou de statuer sur une question qui est devenue théorique (*Borowski c. Canada (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). Et, même lorsqu'un acte illégal a été commis et qu'il continue d'exister un litige entre les parties, la réparation appropriée est laissée à la discrétion du tribunal. Par exemple, la Cour fédérale peut émettre une déclaration en lieu et place de tout autre remède judiciaire (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (*Mines Alerte Canada*), au paragraphe 43; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 2 et 46–47).

[31] Lors de l'audience devant cette Cour, la procureure du demandeur a été confrontée à la question de savoir si la présente demande en contrôle judiciaire était devenue théorique — en totalité ou en partie — suite au dépôt d'accusations imputant au demandeur des infractions à l'article 753.3 du *Code criminel* et à la condamnation subséquente de son client. Les actions contestables qui ont donné lieu aux suspensions de l'OSLD — incluant celle du printemps 2016 qui est à l'origine de la décision contestée aujourd'hui — ne sont pas véritablement en cause.

[32] Mais voilà, plaide la procureure du demandeur, son client continue néanmoins d'être assujetti à une OSLD, de sorte que la situation problématique dénoncée dans la présente demande de contrôle judiciaire et en jugement déclaratoire risque de se répéter plus d'une

the number of suspensions of the LTSO in this case). Furthermore, other offenders are in a similar situation, which is notably the case for the applicant in the other case heard concurrently (*Blacksmith v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 605 [cited above]). The suspensions of the LTSO are frequent, and the statutory time limit of 90 days for review is very short. In addition, the applicants make it a compelling question of law: because credibility issues are often at play before the Board, the principles of fundamental justice protected under section 7 of the Charter require that an oral post-suspension hearing be held when an LTSO is suspended. This is not frivolous: Charter and/or administrative law arguments are serious and warrant acknowledgement and an adequate response by this Court.

[33] Counsel for the respondent does not challenge this rhetoric that the offender must return to square one if this Court does not clarify the issue raised by the applicants in the meantime.

[34] I agree with counsel.

[35] Quashing the June 7, 2016 decision and referring the matter back to the Board for redetermination could no longer have any practical or legal effect on what was already accomplished; the fact remains that criminal charges were laid and that the applicant was found guilty of committing the offence set out in section 753.3 of the *Criminal Code*. However, the Court can still do something useful by deciding the real issue in this case: is the offender automatically entitled to an oral hearing as in the cases referred to in subsection 140(1) of the CCRA?

[36] The Charter and/or administrative law arguments were debated at length at the hearing, so, at first glance, it would seem appropriate to issue a declaratory judgment to clarify the question at issue. More often than not—when it would serve no useful purpose to quash a decision or order the resumption of an administrative process—in exercising judicial discretion, a

fois encore (pour preuve, il n'y a qu'à voir le nombre de suspensions de l'OSLD dans ce dossier). De plus, d'autres délinquants sont dans une situation similaire, ce qui est notamment le cas du demandeur Blacksmith dans l'autre dossier entendu conjointement (*Blacksmith c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 605 [précité]). Les suspensions d'une OSLD sont fréquentes et le délai statutaire d'examen de 90 jours est très court. Aussi, les demandeurs en font une question de droit incontournable : puisque des questions de crédibilité sont souvent en jeu devant la Commission, les principes de justice fondamentale que protège l'article 7 de la Charte exigent la tenue d'une audience orale post-suspension dans le cas de la suspension de l'OSLD. Ce n'est pas une élucubration : les arguments de Charte et/ou de droit administratif sont sérieux et justifient que cette cour en prenne acte et y apporte une réponse satisfaisante.

[33] De son côté, le procureur du défendeur ne remet pas en cause cette rhétorique du retour obligé du délinquant à la case départ si la question litigieuse soulevée par les demandeurs n'est pas clarifiée entretemps par la présente Cour.

[34] Je suis d'accord avec les procureurs.

[35] L'annulation de la décision rendue le 7 juin 2016 et le renvoi du dossier du demandeur pour redétermination à la Commission ne pourraient plus avoir aucun effet pratique ou juridique sur ce qui a déjà été accompli — le fait demeure que des accusations criminelles ont été portées et que le demandeur a été reconnu coupable d'avoir commis l'infraction mentionnée à l'article 753.3 du *Code criminel*. Toutefois, la Cour peut encore faire œuvre utile en tranchant là même où le bât blesse : le délinquant a-t-il automatiquement droit à une audience orale comme dans les cas mentionnés au paragraphe 140(1) de la LSCMLC?

[36] Les arguments de Charte et/ou de droit administratif ont été longuement débattus à l'audience, de sorte qu'il paraît opportun, à première vue, de rendre un jugement déclaratoire pour clarifier la question litigieuse. En effet, le plus souvent qu'autrement — lorsqu'il ne servirait aucune fin utile d'annuler une décision ou d'ordonner la reprise d'un processus administratif —

declaratory judgment is a valid alternative remedy to prevent the repetition of systemic administrative practices that violate the law (*MiningWatch Canada*, at paragraphs 50–52), or even the Charter or the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*), at paragraphs 76–79, 81–85 [pages 221–224 and 239–240]; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 388, at paragraphs 8–9 [pages 394–395]). For a recent example of a declaratory judgment of general application from the Federal Court affecting an entire group of people who challenged the constitutionality and/or validity of certain provisions of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended by the *Strengthening Canadian Citizenship Act*, S.C. 2014, c. 22, see: *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555. In addition to prohibiting the Minister of Citizenship and Immigration from applying subsections 10(3) and (4) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended, against the applicants, because those subsections are incompatible with the *Canadian Bill of Rights*, the Court declared subsections 10(1), (3) and (4) to be inoperative, because they violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* in a manner that cannot be avoided by interpretation. In so doing, the Court stayed judgment for a period of 60 days or for any other period that the Court may authorize at the request of one of the parties.

dans l'exercice de la discrétion judiciaire, le jugement déclaratoire constitue un remède alternatif valable pour prévenir la répétition de pratiques administratives systémiques contrevenant à la loi (*Mines Alerte Canada*, aux paragraphes 50 à 52), voire à la Charte ou à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh*), aux paragraphes 76–79, 81–85 et 124–125 [pages 221–224 et 239–240]; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 388 (C.A.), aux paragraphes 8–9 [pages 394–395]). Pour un exemple récent d'un jugement déclaratoire d'application générale de la Cour fédérale visant l'ensemble d'un groupe de personnes ayant contesté la constitutionnalité et/ou la validité de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, telle que modifiée par la *Loi renforçant la citoyenneté canadienne*, L.C. 2014, ch. 22, voir : *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555. Ainsi, en plus d'interdire au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'appliquer les paragraphes 10(3) et (4) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 telle que modifiée, contre les demandeurs — car ces paragraphes sont incompatibles avec la *Déclaration canadienne des droits* — la Cour a déclaré que les paragraphes 10(1), (3) et (4) sont inopérants, parce qu'ils violent l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* d'une manière qui ne peut être évitée par interprétation. Ce faisant, la Cour a suspendu l'exécution du jugement pour une période de 60 jours, ou pour toute autre période que la Cour pourra autoriser à la demande de l'une des parties.

[37] However, a declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy (*Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441 (*Operation Dismantle*), at page 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 (*Solosky*)) and can be "an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes" (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 (*Gamble*), at page 649). Therefore, a court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3 (*Khadr*) [cited

[37] Mais il s'avère que le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est également un redressement discrétionnaire (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (*Operation Dismantle*), à la page 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*)), et qui peut constituer une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595 (*Gamble*), à la page 649). Ainsi, un tribunal peut donc, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l'objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où

above], at paragraph 46). This Court must first ascertain that it has jurisdiction over the issue, and, if it does, be satisfied that its declaratory judgment may have a useful effect on the application of the CCRA when the Service refers a case to the Board following the suspension of an LTSO.

IV. Federal Court's jurisdiction to grant declaratory relief with respect to a constitutional and administrative issue

[38] Firstly, I am satisfied that this Court has jurisdiction to render a declaratory judgment on the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA, as well as on the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law.

A. *Words conferring jurisdiction*

[39] The Federal Court, a successor to the Exchequer Court of Canada, established in 1875, was maintained in 1970 as an "additional court of law, equity and admiralty in and for Canada, for the better administration of the laws of Canada" (section 4 of the *Federal Courts Act*). With the status of "a superior court of record having civil and criminal jurisdiction" (section 4 of the *Federal Courts Act*), the Federal Court may grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal (subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*) or against the Crown, including an officer, servant or agent of the Crown for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person (section 17 of the *Federal Courts Act*). However, to better understand the genesis of the Federal Court's jurisdiction, it is appropriate to review the background, without repeating everything that might have been said on this topic in previous decisions (for example *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365 (*Felipa FC*), reversed by 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3, though for reasons unrelated to the historical analysis of the Court's jurisdiction).

la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3 (*Khadr*) [précité], au paragraphe 46). La présente Cour doit d'abord s'assurer qu'elle a compétence en la matière, et dans l'affirmative, être satisfaite que son jugement déclaratoire pourra avoir un effet utile au niveau de l'application de la LSCMLC lorsqu'un dossier est référé par le Service à la Commission à la suite de la suspension d'une OSLD.

IV. Compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle et administrative

[38] En premier lieu, je suis satisfait que la présente Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif.

A. *Dispositions attributives de compétence*

[39] La Cour fédérale — qui a succédé à la Cour de l'Échiquier créée en 1875 — a été maintenue en 1970 à titre « de tribunal additionnel de droit, d'equity et d'amirauté du Canada, propre à améliorer l'application du droit canadien » (article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Ayant le statut de « cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale » (article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*), la Cour fédérale peut rendre un jugement déclaratoire contre un office fédéral (paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*) ou contre la Couronne — incluant un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions (article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Mais pour mieux comprendre la genèse de la compétence de la Cour fédérale, il est opportun de faire un rappel historique, sans pour autant reprendre tout ce qui a pu être dit à ce sujet dans les décisions antérieures (par exemple *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365 (*Felipa CF*), infirmé par 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3, mais pour des motifs n'ayant pas trait à l'analyse historique de la compétence de la Cour).

[40] In 1875, the legislation creating the Exchequer Court gave it concurrent original jurisdiction in "any matter which might in England be the subject of a suit or action in the Court of Exchequer on its revenue side against the Crown", while the procedure was in principle "regulated by the practice and procedure of Her Majesty's Court of Exchequer at Westminster" (see sections 58 and 61 of *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11). At that time, in England, the Court of Exchequer was a high court (*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, sections 3, 4). While the Exchequer Court's jurisdiction was originally limited to revenue-related actions against the federal government, over the years, it gradually extended to actions against the Crown, in addition to admiralty matters, suits between citizens regarding industrial property (now intellectual property), and tax, citizenship and railway cases.

[41] Long before the Federal Court was granted statutory jurisdiction in 1970 to review the legality of decisions by a federal board, commission or other tribunal (section 18 of the *Federal Courts Act*), aside from the petition of right procedure, it was possible to obtain a declaratory judgment from the Exchequer Court as additional relief against the Crown, by bringing an ordinary action against the Attorney General of Canada. For example, in *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119 (*Jones et Maheux*), the Supreme Court of Canada ruled that the Exchequer Court had jurisdiction to issue a declaration of nullity of the General By-laws of the Quebec Pilotage Authority establishing classes of pilots — the pilotage authority for the district of Quebec being the Minister of Transport. In his action, the plaintiff said that important and prejudicial restrictions in the exercise of his profession were inflicted upon him as a direct consequence of the application of the invalid by-laws. Ultimately, the Supreme Court dismissed without costs the action against the individual defendants, but, at the same time, allowed the plaintiff's action against the Minister of Transport as "officer of the Crown for anything done or omitted to be done in the performance

[40] En 1875, la loi qui a créé la Cour de l'Échiquier lui accordait une juridiction concurrente en première instance au sujet de « toute matière qui pourrait, en Angleterre, faire le sujet d'une poursuite ou action devant la Cour de l'Échiquier en sa juridiction du revenu, contre la couronne », alors que la procédure était en principe « réglée par la pratique et la procédure de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté à Westminster » (voir les articles 58 et 61 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11). Or, à la même époque, en Angleterre, la Cour de l'Échiquier était une haute cour (*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, articles 3, 4). Bien qu'à l'origine, la compétence de la Cour de l'Échiquier se limitait aux actions contre le gouvernement fédéral en matière de revenu, au fil des années, celle-ci s'est graduellement étendue aux actions contre la Couronne, sans compter les questions d'amirauté, les poursuites opposant des citoyens au sujet de la propriété industrielle (intellectuelle aujourd'hui), ainsi que les affaires d'impôt, de citoyenneté et de chemins de fer.

[41] Aussi, bien avant que la Cour fédérale ne soit investie en 1970 de la compétence statutaire pour réviser la légalité des décisions rendues par un office fédéral (article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*), outre la procédure de pétition de droit, il était notamment possible d'obtenir de la Cour de l'Échiquier à titre de réparation additionnelle contre la Couronne un jugement déclaratoire, en intentant une action ordinaire contre le procureur général du Canada. Par exemple, dans l'arrêt *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119 (*Jones et Maheux*), la Cour suprême du Canada a statué que la Cour de l'Échiquier avait compétence pour prononcer une déclaration de nullité des Règlements généraux de la circonscription de pilotage de Québec établissant des classes de pilotes — l'autorité de pilotage pour la circonscription de Québec étant le ministre des Transports. Dans son action, le demandeur disait subir, dans l'exercice de sa profession, des restrictions importantes et préjudiciables comme conséquence directe des règlements invalides qui lui étaient appliqués. En dernière analyse, la Cour suprême a rejeté sans frais l'action contre les défendeurs individuels, mais du même coup, elle a accueilli l'action du demandeur contre le ministre

of his duty as such officer" (paragraph 29(c) of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98).

[42] The Supreme Court's conclusion in 1968 in *Jones et Maheux* is unsurprising and is consistent with a long line of case law. Initially, the declaratory judgment was a discretionary remedy that could be granted in England by the courts of equity, long before the adoption in 1850 of the *Court of Chancery (England) Act*, 1850 (U.K.), 13 & 14 Vict., c. 35 and in 1852 of the *Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 86, as well as the clarifications made in 1883 by the rules committee established under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, on the declaratory authority of the High Court of Justice. The Court of Exchequer in England also had equitable jurisdiction to issue declaratory judgments against the Crown (Lazar Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2016 (Sarna), at pages 9–10 and 24–25).

[43] That being said, it is important not to confuse the declaratory jurisdiction of the courts of equity with that of the superior courts in prerogative writs. This important distinction was highlighted in 1975 by Justice Addy, who explained the following in *"B" v. Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602 (T.D.), at pages 607–608:

> At common law, the prerogative writs of prohibition, *certiorari* and *mandamus* (i.e., the old prerogative writ of *mandamus* as opposed to equitable *mandamus* to enforce a legal right or as contrasted with the equitable mandatory order or injunction) were granted exclusively by the common law Courts of the King's or Queen's Bench and constituted a class of process by which inferior bodies, including those which are an emanation of the Crown, were answerable to the controlling jurisdiction of superior Courts. The proceedings, leading to the issue of such prerogative writs, could not be instituted by ordinary action for the simple reason that the Courts and the judicial bodies, who were subject to such process being used against them, were not liable to be sued; the only per-

des Transports à titre de « fonctionnaire de la Couronne pour une chose faite ou omise dans l'accomplissement de ses devoirs comme tel » (alinéa 29c) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98).

[42] Le résultat auquel en arrive la Cour suprême en 1968 dans l'affaire *Jones et Maheux* n'a rien de surprenant et s'inscrit dans une longue tradition jurisprudentielle. Au départ, le jugement déclaratoire était un remède discrétionnaire pouvant être accordé en Angleterre par les cours d'equity, et ce, bien avant l'adoption en 1850 du *Court of Chancery (England) Act*, 1850 (R.-U.), 13 & 14 Vict., ch. 35 et en 1852 du *Court of Chancery Procedure Act*, 1852 (R.-U.), 15 & 16 Vict., c. 86, ainsi qu'aux clarifications apportées en 1883 par le comité des règles institué en vertu du *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, au pouvoir déclaratoire de la Haute Cour de justice (High Court of Justice). La Cour de l'Échiquier d'Angleterre possédait également la compétence en equity pour émettre des jugements déclaratoires contre la Couronne (Lazar Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 4e éd. Toronto : Thomson Carswell, 2016 (Sarna), aux pages 9–10 et 24–25).

[43] Cela dit, il ne faudrait pas confondre la compétence déclaratoire des cours d'equity avec celle qu'exerçaient par ailleurs les cours supérieures en matière de brefs de prérogative. Cette distinction importante a été mise en évidence en 1975 par le juge Addy, qui explique dans l'affaire *« B » c. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration)*, [1975] C.F. 602 (1re inst.), aux pages 607–608 :

> En *common law*, les brefs de prohibition, de *certiorari* et de *mandamus* relevant de la prérogative (c.-à-d. l'ancien bref de prérogative de *mandamus* par opposition au *mandamus* de l'*equity*, destiné à faire respecter un droit conféré par la *law* ou par opposition au mandement ou injonction de l'*equity*) étaient accordés exclusivement par les cours de *common law* : banc du Roi ou de la Reine, et constituaient un mécanisme par lequel les corps inférieurs, y compris ceux qui sont institués par la Couronne étaient soumis au contrôle juridictionnel des cours supérieures. Il n'était pas possible d'introduire par voie d'action ordinaire la procédure entraînant l'émission de ces brefs de prérogative pour la simple raison que les cours et organes judiciaires, susceptibles d'être soumis à une telle

sons liable to be sued were individuals and corporations. Therefore, the proceedings for prerogative writs had to be instituted by special application to the Court by way of motion. (See *Rich v. Melancthon Board of Health* ((1912) 26 O.L.R. 48) and *Hollinger Bus Lines Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* ([1952] O.R. 366 at 379).)

On the other hand, relief by way of injunction, declaratory judgment, mandatory injunction or equitable mandatory order were exclusive equitable remedies and the proceedings were instituted in the Court of Chancery by means of a bill in equity. The Exchequer Court in England originally possessed also the equitable jurisdiction to issue declaratory judgments against the Crown.

A true distinction between these remedies became obscured to some extent when the Courts of equity and of common law were fused and, in more recent years, the distinction became further obscured because in most jurisdictions all of these remedies, whatever may have been their origin, are now enforceable in the same manner, that is, by way of direct order of the Court. Furthermore, where the proceedings for the prerogative common law remedies, for the reasons previously stated, could be initiated only by special application to the Court, in certain Courts today such as the Federal Court of Canada (see Rule 603), the proceedings may now be instituted by way of a statement of claim.

But neither the fact that all the above-mentioned remedies may now be obtained from the same forum, nor the fact that the relief may be initiated by means of the same type of proceedings, nor the fact that the method of enforcing all of these remedies (by Court order) is identical, in any way changes or alters their basic nature or purpose, and it is still the law that where prohibition or *certiorari* lies neither injunction nor any other equitable remedy such as specific performance, mandatory injunction or equitable mandamus will lie and the converse is equally true. (See *Hollinger Bus*, *supra*, and *Howe Sound Company v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* ([1962] S.C.R. 318).) [My emphasis.]

[44] Furthermore, declaratory action has been particularly useful in cases where the validity of a procedure or the legality of an action undertaken by the Crown was challenged by a subject. This method was confirmed in *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410

procédure, ne pouvaient être poursuivis en justice; seules pouvaient l'être les personnes physiques et les corporations. La procédure aux fins de bref de prérogative devait être entamée par demande spéciale à la cour, par voie de requête. (Voir *Rich c. Melancthon Board of Health* ((1912) 26 O.L.R. 48) et *Hollinger Bus Lines Limited c. Ontario Labour Relations Board* ([1952] O.R. 366, à la page 379).)

Par contre, l'injonction, le jugement déclaratoire, l'injonction péremptoire ou le mandement d'*equity* étaient des sanctions propres à l'*equity* et la procédure pouvait être introduite à la Cour du chancelier par voie d'une plainte en *equity*. À l'origine, la Cour de l'Échiquier d'Angleterre possédait aussi la compétence en *equity* pour émettre des jugements déclaratoires contre la Couronne.

La différence réelle entre ces redressements s'est estompée dans une certaine mesure à la fusion des cours d'*equity* et de *common law* et, au cours des récentes années, elle a eu tendance à disparaître parce que, devant la plupart des tribunaux, tous ces redressements, quelle qu'ait pu être leur origine, s'obtiennent de la même façon, c'est-à-dire par voie d'ordonnance directe de la cour. En outre, alors que la procédure visant les redressements de prérogative de *common law*, pour les raisons mentionnées ci-dessus, pouvait s'introduire uniquement par requête spéciale à la cour, actuellement, devant certaines cours comme la Cour fédérale du Canada (voir Règle 603), la procédure peut maintenant être introduite par voie de déclaration.

Mais ni le fait que la même juridiction peut accorder toutes les sanctions ci-dessus mentionnées, ni le fait que la demande de redressement peut être introduite au moyen d'un même genre de procédure, ni le fait que la façon d'obtenir tous ces redressements est identique (par ordonnance de la cour), ne modifient ni ne changent en rien leur nature intrinsèque ou leur but, et la règle demeure que, si l'on peut obtenir un bref de prohibition ou de *certiorari*, on ne pourra obtenir ni injonction ni aucun autre redressement d'*equity* comme l'exécution en nature, l'injonction péremptoire ou le *mandamus* d'*equity*, la réciproque est également vraie. (Voir *Hollinger Bus* (précité) et *Howe Sound Company c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663* ([1962] R.C.S. 318).) [Je souligne.]

[44] D'autre part, l'action déclaratoire s'est avérée particulièrement utile dans les cas où la validité d'une procédure ou la légalité d'une action entreprise par la Couronne était remise en question par un sujet ou un administré. Cette méthode a été confirmée dans l'affaire

(C.A.) (*Dyson*), where the Court of Appeal of England declared that a tax notice sent to the plaintiff (and to eight million other people) was not authorized by law. In that case, the defendant was the Attorney General, not the Crown, because for centuries before the English Court of Chancery, and particularly before a court of equity, it was the Attorney General who defended the interests of the Crown (*Jones et Maheux*, at pages 129–131, citing *Dyson*). As could be expected, the declaratory action against the Crown became commonplace in Canada, Australia and New Zealand (*Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1994] 2 F.C. 3 (T.D.). In 1970, in transferring the supervisory jurisdiction over federal boards, commissions or other tribunals, Parliament took care to specify in section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, that in addition to the prerogative writs mentioned in the Trial Division, the Federal Court could render a declaratory judgment. The declaratory powers of a court of equity and a superior court were then concentrated in one federal court.

Dyson v. Attorney-General, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.) (*Dyson*), où la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré qu'un avis fiscal envoyé à la partie demanderesse (et à huit millions d'autres personnes) n'était pas autorisé par la loi. Dans cette affaire, la partie défenderesse était le procureur général, et non Sa Majesté, parce que depuis des siècles devant la Cour de la Chancellerie britannique (Court of Chancery), et particulièrement devant une cour d'equity, c'est le procureur général qui défendait les intérêts de la Couronne (*Jones et Maheux*, aux pages 129–131, citant *Dyson*). Comme on pouvait s'y attendre, l'action déclaratoire contre la Couronne est devenue monnaie courante au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande (*Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1994] 2 C.F. 3 (1re inst.)). En 1970, en transférant la compétence de surveillance à l'égard des offices fédéraux, le Parlement a pris soin de préciser à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), ch. 10, qu'en plus des brefs de prérogative mentionnées dans la Division de première instance, la Cour fédérale pouvait rendre un jugement déclaratoire. Les pouvoirs déclaratoires d'une cour d'equity et d'une cour supérieure étaient maintenant concentrés dans le même tribunal fédéral.

[45] Incidentally, apart from questions of interest or mootness, the Supreme Court of Canada had already recognized before the patriation of the Constitution, in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at pages 157–159, the right of taxpayers to invoke the interposition of a court of equity to challenge the constitutionality of legislation involving expenditure of public money where no other means of challenge was open. This continued with the coming into force of the Charter. For example, following the bringing of a declaratory action before the Trial Division, the Federal Court of Appeal allowed the appeal of a taxpayer, who had been unsuccessful at trial, who was challenging the constitutionality of section 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, and summonses issued by tax authorities pursuant to that provision. The Federal Court of Appeal ruled that they were inoperative under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (*Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), revd on other grounds, [1999] 1 S.C.R. 3).

[45] Au passage, sous réserve des questions d'intérêt pour agir ou du caractère théorique de la question, la Cour suprême du Canada avait déjà reconnu avant le rapatriement de la Constitution, dans l'arrêt *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, aux pages 157–159, le droit des contribuables d'invoquer l'intervention d'une cour d'equity pour contester la constitutionnalité d'une loi impliquant la dépense de deniers publics, lorsqu'aucun autre moyen de contestation n'était disponible. Et, cela s'est perpétué avec l'avènement de la Charte. Par exemple, suite à l'institution d'une action déclaratoire devant la division de première instance, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel d'un contribuable, débouté en première instance, qui attaquait la constitutionnalité de l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1, et des citations à comparaître décernées par les autorités fiscales sous le régime de cette dernière disposition. Ce faisant, la Cour d'appel fédérale a déclaré ceux-ci inopérants en vertu du paragraphe 52(1) de la

Loi constitutionnelle de 1982 (*Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), infirmé pour d'autres motifs, [1999] 1 R.C.S. 3).

[46] In *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (*Jabour*), with regard to the declaratory action, the Supreme Court noted that "[t]his form of action takes on much greater significance in a federal system where it has been found to be efficient as a means of challenging the constitutionality of legislation" (page 323) (my emphasis). While avoiding saying that the Federal Court did not have jurisdiction under section 17 of the *Federal Courts Act* to make a "*Dyson*" declaration (page 326), the Supreme Court took a pragmatic approach: the jurisdiction found in section 17 does not remove "[t]he jurisdiction of superior courts, and indeed other courts in the provinces, to review the constitutionality of federal statutes" (page 327) (my emphasis).

[46] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (*Jabour*), s'agissant de l'action en jugement déclaratoire, la Cour suprême note que « [c]ette forme d'action revêt une importance d'autant plus grande dans un régime fédéral où elle s'est révélée un moyen efficace de contester la constitutionnalité de lois » (page 323) (je souligne). Se gardant bien d'affirmer que la Cour fédérale n'aurait pas compétence en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour faire une déclaration de type « *Dyson* » (page 326), la Cour suprême a adopté une approche pragmatique : la compétence qu'on retrouve à l'article 17 n'a pas pour effet de supprimer « [l]a compétence des cours supérieures, et en fait d'autres cours provinciales, pour examiner la constitutionnalité de lois fédérales » (page 327) (je souligne).

[47] In *Canadian Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265 (*Windsor FCA*), Justice Stratas explains in paragraphs 56 to 58 how the Exchequer Court was able, since its establishment in 1875, like other Canadian courts, to review the validity of legislation for various proceedings against the Crown:

> In 1875, the Exchequer Court of Canada was created. Like all courts, it had to act according to law, interpreting and applying the law. At the time of the Exchequer Court's birth, one law on the books was the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict. c. 63. Under section 2 of that Act, all Canadian courts, including the Exchequer Court, had to declare "void and inoperative" any federal or provincial laws inconsistent with those of the Parliament of the United Kingdom, including the *British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]: see also the discussion in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 746. The Exchequer Court recognized this power and understood that in appropriate cases it could decline to apply legislation that conflicted with a law of the Parliament of the United Kingdom: see, e.g., *Algoma Central Railway Co. v. Canada* (1901), 7 Ex. C.R. 239, at pages 254–255, revd on other grounds (1902), 32 S.C.R. 277, affd [1903] A.C. 478 (P.C.). Even before the Exchequer Court came into existence, other

[47] Dans l'affaire *Canadian Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265 (*Windsor CAF*), le juge Stratas explique aux paragraphes 56 à 58 comment la Cour de l'Échiquier a pu, depuis sa création en 1875, à l'instar des autres tribunaux canadiens, contrôler la validité des lois dans le cadre de diverses procédures entreprises contre la Couronne :

> En 1875, la Cour de l'Échiquier du Canada fut créée. Comme toutes les cours de justice, elle devait agir conformément à la loi et interpréter et appliquer la loi. Au moment de la naissance de la Cour de l'Échiquier, une des lois en vigueur était la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict. ch. 63. Aux termes de l'article 2 de cette loi, tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l'Échiquier, devaient déclarer [TRADUCTION] « nulle et inopérante » toute loi fédérale ou provinciale incompatible avec celles du Parlement du Royaume-Uni, y compris l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 5]] (voir également la discussion que l'on trouve dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, page 746). La Cour de l'Échiquier a reconnu ce pouvoir et a conclu que, le cas échéant, elle pouvait refuser d'appliquer une loi qui entrait en conflit avec une loi du Parlement du Royaume-Uni (voir, par ex., *Algoma Central Railway Co. c. Canada* (1901), 7 R.C. de l'É. 239, aux pages 254 et 255,

Canadian courts regularly exercised the power to declare legislation invalid or inoperative: see, e.g., *The Queen v. Chandler* (1868), 2 Cart. 421 (N.B.S.C.); *Pope v. Griffith* (1872), 2 Cart. 291 (Que. Q.B.); *Ex p. Dansereau* (1875), 2 Cart. 165 (Que. Q.B.), at page 190; *L'Union St. Jacques v. Belisle* (1872), 1 Cart. 72 (Que. Q.B.), revd (1874), L.R. 6 P.C. (P.C.). Thus, from the very outset, all Canadian courts, including the Exchequer Court, could measure legislation up against laws of the Parliament of the United Kingdom, including the *British North America Act, 1867*, and determine whether they were invalid or inoperative.

From 1875 to 1982, the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity developed as part of the jurisprudence under sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867*. For example, as early as 1895, the doctrine of paramountcy was described as being "necessarily implied in our constitutional act", one that had to be followed under the *Colonial Laws Validity Act, 1865*: *Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 S.C.R. 145, at page 149. These constitutional doctrines became part of the law that all Canadian courts, including the Exchequer Court, were bound to apply.

And so the Exchequer Court did. In one case, it found that provincial water rights legislation, the *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., c. 190, could not apply to lands owned by the federal Crown that fell under exclusive federal jurisdiction under subsection 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*: *Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 Ex. C.R. 295, affd [1910] 43 S.C.R. 27, affd [1911] A.C. 87 (P.C.). In another case, it found that federal legislation, *The Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71, was *intra vires* the federal Parliament and if it conflicted with provincial legislation, it would prevail: *The King v. Powers*, [1923] Ex. C.R. 131, at pages 133–134.

Entre 1875 et 1982, les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences ont été construites par la jurisprudence relative aux articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Par exemple, dès 1895, la doctrine de la prépondérance a été qualifiée de [TRADUCTION] « nécessairement implicite dans notre loi constitutionnelle » et considérée comme devant être suivie selon la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (*Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 R.C.S. 145, page 149). Ces doctrines constitutionnelles ont été intégrées aux règles de droit que tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l'Échiquier, étaient tenus d'appliquer.

C'est ce que la Cour de l'Échiquier a fait. À l'occasion d'une affaire, elle a jugé qu'une loi provinciale sur les droits relatifs à l'eau, la *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., ch. 190, ne pouvait s'appliquer à des terres appartenant à la Couronne fédérale relevant de la compétence exclusive fédérale prévue au paragraphe 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 R.C. de l'É. 295, conf. par [1910] 43 R.C.S. 27, conf. par [1911] A.C. 87 (P.C.)). Dans une autre affaire, elle a conclu qu'une loi fédérale, la *Loi d'établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71, relevait de la compétence du Parlement fédéral et qu'en cas de conflit avec une loi provinciale, c'est elle qui avait préséance (*The King v. Powers*, [1923] R.C. de l'É. 131, aux pages 133 et 134).

[48] In this case, the nexus between the Federal Court and the constitutional issue here arising is obviously the judicial review proceeding under section 18 of the *Federal Courts Act* against the decision by the Board, which in turn arises from the valid LTSO suspension proceedings clearly commenced by the Service pursuant to the CCRA. Devoid of any artifice, this is what

[48] Dans le présent dossier, le lien entre la Cour fédérale et la question constitutionnelle qui se pose est évidemment la procédure en contrôle judiciaire introduite en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* contre la décision de la Commission qui, à son tour, découle de procédures valides en suspension de l'OSLD manifestement commencées par le Service

enables this Court to intervene in the resolution of the very real dispute between the parties today. And, at the risk of repeating myself, the Federal Court's jurisdiction to grant declaratory relief against the Crown in an action (subsection 17(1) and definition of "relief" in section 2 of the *Federal Courts Act*), or against any federal board, commission or other tribunal in an application for judicial review (section 18 of the *Federal Courts Act*), seems indisputable, unless that jurisdiction is otherwise assigned to the Federal Court of Appeal (subsections 28(1) and (3) of the *Federal Courts Act*).

[49] With regard to the judicial review of a Board decision on administrative law grounds, the Federal Court has exclusive original jurisdiction (*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 (*Strickland*), at paragraphs 63–64, citing *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, at paragraphs 2 and 17, and *Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147 (*Paul L'Anglais*), at pages 153–154 and 162). Therefore, there is nothing in the law preventing the Federal Court from deciding any constitutional question that could incidentally be raised in this case. Indeed, the case has already been heard: it is not a question today of granting the Federal Court exclusive jurisdiction to administer the "laws of Canada" when the validity or applicability of an Act of the Parliament of Canada is disputed by an interested party. Instead, it is a matter of concurrent jurisdiction.

[50] The Supreme Court also specified the following in *Northern Telecom v. Communication Workers*, [1983] 1 S.C.R. 733 (*Northern Telecom*), at page 741:

> It is inherent in a federal system such as that established under the *Constitution Act*, that the courts will be the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries. Both duties of course fall upon the courts when acting within their own proper jurisdiction. [My emphasis.]

sous l'égide de la LSCMLC. Dépouillée de tout artifice, voilà ce qui permet à la présente Cour de s'engager dans la résolution du litige, bien réel, qui oppose aujourd'hui les parties. Et, au risque de me répéter, la compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire contre la Couronne dans le cadre d'une action (paragraphe 17(1) et définition de « réparation » à l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*), ou contre tout office fédéral dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire (article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*), semble incontestable, à moins que cette compétence soit autrement attribuée à la Cour d'appel fédérale (paragraphes 28(1) et (3) de la *Loi sur les Cours fédérales*).

[49] À ce chapitre, en ce qui concerne le contrôle judiciaire d'une décision de la Commission effectué sur la base de moyens de droit administratif, la compétence de la Cour fédérale est exclusive en première instance (*Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 (*Strickland*), aux paragraphes 63–64, citant *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, aux paragraphes 2 et 17; et *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147 (*Paul L'Anglais*), aux pages 153–154 et 162). Partant, rien n'empêche légalement la Cour fédérale de statuer sur toute question constitutionnelle pouvant accessoirement se soulever dans le présent dossier. En effet, c'est une cause déjà entendue : il n'est pas question aujourd'hui d'accorder à la Cour fédérale la compétence exclusive pour administrer les « lois du Canada » lorsque la validité ou l'applicabilité d'une loi du Parlement du Canada est contestée par une partie intéressée. Il doit plutôt s'agir d'une compétence concurrente dans un tel cas.

[50] Aussi, la Cour suprême précisait-elle dans l'arrêt *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1983] 1 R.C.S. 733 (*Northern Telecom*), à la page 741 :

> Il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui que crée la *Loi constitutionnelle*, que les tribunaux soient, dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent, cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences respectives. [Je souligne.]

[51] A final determination has already been made: In spite of section 18 of the *Federal Courts Act*, the provincial superior courts have concurrent jurisdiction with the Federal Court when a plaintiff claiming damages against the Crown needs to attack a law or order by a federal board, commission or other tribunal to establish their cause of action, and adjudication of that allegation is a necessary step in disposing of the claim for relief against the Crown (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraphs 6, 67, 75 and 80). Furthermore, section 18 of the *Federal Courts Act* does not remove the power of provincial superior courts to grant traditional administrative law remedies for reasons directly related to the division of powers (*Paul L'Anglais*, at pages 152–153).

[52] It could have ended there. However, questions of jurisdiction are compelling. To avoid a ping-pong effect, it is in the interests of justice that the Federal Court's jurisdiction and powers be clear to all parties, the final adjudicator being the Supreme Court.

B. *The Supreme Court's* obiter dictum *in* Windsor

[53] Although "[t]he notion that each phrase in a judgment of [the Supreme] Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience" (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 [at paragraph 57]), this Court nevertheless raised, on its own initiative, the question of the Federal Court's jurisdiction to render a declaratory judgment on a constitutional issue. This Court also considered the respective positions of the parties in the case on the legal significance, if any, of the Supreme Court of Canada's general comments in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (*Windsor SCC*), in response to what the Federal Court of Appeal wrote on this subject in its judgment and which was already discussed above.

[51] On l'a déjà décidé en dernier ressort : malgré l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, les cours supérieures provinciales, exercent une compétence concurrente à la Cour fédérale lorsqu'un demandeur, qui a intenté une action en dommages contre la Couronne, doit attaquer une loi fédérale ou une ordonnance d'un office fédéral pour établir sa cause d'action, et qu'il leur est par ailleurs nécessaire de statuer sur cette allégation pour rendre une décision sur la demande de réparation contre la Couronne (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, aux paragraphes 6, 67, 75 et 80). D'autre part, l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne retire pas aux cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer, pour des motifs directement liés au partage des compétences, des réparations traditionnelles relevant du droit administratif (*Paul L'Anglais*, aux pages 152–153).

[52] On aurait pu s'arrêter là. Sauf que les questions de compétence sont incontournables. Pour éviter tout effet ping-pong, il est dans l'intérêt de la justice que la juridiction et les pouvoirs que possède la Cour fédérale soient clairs pour tous les joueurs, l'arbitre final étant la Cour suprême.

B. *L'*obiter dictum *de la Cour suprême dans l'affaire* Windsor

[53] Bien que « [l]a thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour [suprême du Canada] soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 [au paragraphe 57]), la présente Cour a néanmoins soulevé d'office la question de la compétence de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle. Aussi, la présente Cour s'est-elle enquise de la position respective des parties au dossier quant à la portée juridique, s'il en est, que peuvent avoir les commentaires généraux de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (*Windsor CSC*), lesquels font suite à ce que la Cour d'appel fédérale a écrit à ce sujet dans son jugement et dont nous avons déjà fait état plus haut.

[54] The issue in *Windsor* was related to the application of a municipal by-law to a company operating a federal undertaking. Specifically, the issue was to determine whether the three branches of the test established by the Supreme Court of Canada in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*) had been met: (1) a statute grants jurisdiction to the Federal Court, (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case, and (3) that federal law is constitutionally valid. The Canadian Transit Company (Canadian Transit), incorporated by a special Act of Parliament, was seeking declaratory relief under paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act* against the city of Windsor (Windsor). Windsor had issued over 100 repair orders against 114 properties purchased between 2004 and 2013 as part of a project to expand the Ambassador Bridge. Canadian Transit refused to comply, arguing that the bridge facilities are federal undertakings to which municipal by-laws do not apply. Canadian Transit wanted to obtain a Court declaration that the bridge was to be considered a "federal undertaking" and therefore could not be subject to municipal by-laws. Windsor responded by bringing a motion to strike the application for declaratory relief on the ground that the Property Standards Committee was already dealing with the repair orders, while the Ontario Superior Court of Justice was hearing several appeals by the two parties regarding the demolition orders. The Attorney General of Canada was not the respondent, nor did the case involve the interests of the Crown or the decision of a federal board, commission or other tribunal.

[55] The majority of the Supreme Court decided that the Federal Court clearly lacked jurisdiction to hear the application for declaratory relief. Therefore, the trial judge did not err in striking the notice of application, and the Federal Court of Appeal ought not to have intervened (*Windsor SCC*, at paragraph 72). Justices Moldaver and Brown, who were dissenting, were satisfied that paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act* provided the required statutory grant of jurisdiction, and that federal law

[54] L'issue du litige dans l'affaire *Windsor* reposait sur l'application d'un règlement municipal à une entreprise exploitant un ouvrage fédéral. En particulier, il s'agissait de déterminer si les trois volets du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*), étaient remplis : 1) une loi attribue compétence à la Cour fédérale; 2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et 3) la loi fédérale est constitutionnellement valide. La société Canadian Transit Company (Canadian Transit), créée en vertu d'une loi spéciale du Parlement, recherchait en vertu de l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* un jugement déclaratoire contre la ville de Windsor (Windsor). Windsor avait émis plus de 100 ordonnances de réparation concernant 114 domiciles acquis entre 2004 et 2013 dans le cadre du projet d'agrandissement du pont Ambassador. Canadian Transit avait alors refusé d'obtempérer, soutenant que les installations du pont sont des ouvrages fédéraux pour lesquels la réglementation municipale n'a aucune application. Dès lors, Canadian Transit désirait obtenir une déclaration de la Cour à l'effet que le pont devait être considéré comme une « entreprise fédérale », et qu'à ce titre, cet ouvrage ne pouvait être assujetti aux règlements municipaux. Windsor a répliqué en introduisant une requête en radiation de la demande de jugement déclaratoire au motif que le Comité des normes des biens-fonds était déjà saisi des arrêtés de réparation, alors que la Cour supérieure de justice de l'Ontario était saisie de divers appels des deux parties relativement aux ordonnances de démolition. Le procureur général du Canada n'était pas au dossier. Il ne s'agissait pas d'un cas où les intérêts de la Couronne ou la décision d'un office fédéral était en cause.

[55] La Cour suprême a décidé à la majorité que la Cour fédérale n'avait manifestement pas compétence pour entendre la demande de jugement déclaratoire. Ainsi, le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en radiant l'avis de demande, et la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû intervenir (*Windsor CSC*, au paragraphe 72). De leur côté, les juges Moldaver et Brown, qui étaient dissidents, étaient satisfaits que l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* établissait le

was essential to the disposition of the case. However, the two dissenting judges would have remitted the matter to the Federal Court to determine whether it should stay the proceedings pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act* to allow the matter to be litigated in the Ontario Superior Court of Justice (*Windsor SCC*, at paragraphs 73 and 119, citing *Strickland*, at paragraphs 37–38). Justice Abella, who was also dissenting, found that even though the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not exercise it (*Windsor SCC*, at paragraphs 122–131).

fondement de l'attribution législative de compétence requise, et que le droit fédéral était essentiel à la solution du litige. Toutefois, les deux juges dissidents auraient retourné l'affaire à la Cour fédérale afin qu'elle décide s'il était opportun de suspendre l'instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour que l'affaire soit jugée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (*Windsor CSC*, aux paragraphes 73 et 119, citant *Strickland*, aux paragraphes 37–38). De son côté, la juge Abella, qui était également dissidente, concluait que, même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, elle ne devrait pas l'exercer (*Windsor CSC*, aux paragraphes 122–131).

[56] While it is already established that the Federal Court can make findings of constitutionality at first instance in a case where it has jurisdiction under an Act of Parliament (section 26 of the *Federal Courts Act*), and the Federal Court of Appeal can do the same in an appeal from a judgment by the Federal Court (section 27 of the *Federal Courts Act*), the Supreme Court nevertheless seems to question the existence of the Federal Courts' plenary power to issue a formal declaration of invalidity as sought today by the applicant in his application for judicial review and his notice of constitutional question.

[56] Si d'ores et déjà la Cour fédérale peut statuer en première instance sur la constitutionnalité d'une règle de droit dans une instance où elle a compétence aux termes d'une loi fédérale (article 26 de la *Loi sur les Cours fédérales*) — et que la Cour d'appel fédérale peut faire de même dans le cadre d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale (article 27 de la *Loi sur les Cours fédérales*) — la Cour suprême, au passage, semble néanmoins se questionner au sujet de l'existence du pouvoir plénier des Cours fédérales d'émettre une déclaration formelle d'invalidité comme le recherche aujourd'hui le demandeur dans sa demande de contrôle judiciaire et son avis de question constitutionnelle.

[57] Paragraphs 70 and 71 of Justice Karakatsanis' reasons in *Windsor SCC* read as follows:

> Since the *ITO* [*ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*)] test is not met, it is also unnecessary to consider the Federal Court of Appeal's holding that the Federal Court has the remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. I decline to comment on this issue, except to say this. There is an important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books (see, e.g., *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at

[57] Ainsi, on peut lire aux paragraphes 70 et 71 des motifs de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Windsor CSC* :

> Puisque le critère de l'arrêt *ITO* [*ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*)] n'est pas respecté, il n'est pas nécessaire d'examiner la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la Cour fédérale possède le pouvoir de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. Je ne veux pas aborder cette question, sauf pour dire ce qui suit. Il existe une distinction importante entre le pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d'une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l'instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s'applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif (voir, p. ex., *R. c. Lloyd*,

p. 592; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316).

> The Federal Court clearly has the power, when the *ITO* test is met, to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a particular proceeding to a law it finds to be unconstitutional. The Federal Court of Appeal in this case appears to have held that the Federal Court also has the power to make formal, generally binding constitutional declarations. My silence on this point should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal's analysis or conclusion. [My emphasis.]

[58] These general comments are found at the very end of Justice Karakatsanis' reasons, suggesting they are of high importance. However, here, the Supreme Court's "silence" "should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal's analysis or conclusion." The Supreme Court is therefore sending a message to the Federal Courts and all readers of *Windsor SCC*, without formally setting aside or allowing the comments in paragraphs 47 to 70 regarding the opinion of Justice Stratas in *Windsor FCA*. It is an obligatory silence, an aside that encourages reflection and opens the debate on the Federal Court's remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. Clearly, this is a significant challenge.

[59] Because the doxa — whose precedential value seems to be disputed today — is the Federal Court of Appeal's affirmation in *Windsor FCA*, at paragraph 64: "the ability of the [Federal Courts] to use section 52 of the *Constitution Act, 1982* where the *ITO—Int'l Terminal Operators* test is met is undoubted" (my emphasis). However, the Federal Court of Appeal is not alone in saying this. Generally speaking, parties and litigants have not really disputed the ability of the Federal Court (the Federal Courts since 2003) to issue a formal declaration of invalidity since the *Constitution Act, 1982* came into force.

2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316).

> Il est évident que, dans les cas où il est satisfait au critère *ITO*, la Cour fédérale a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une règle de droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu'elle juge inconstitutionnelle. Il semble qu'en l'espèce, la Cour d'appel fédérale ait conclu que la Cour fédérale possède également le pouvoir de prononcer des déclarations formelles, généralement contraignantes, en matière constitutionnelle. Mon silence sur ce point ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l'analyse ou de la conclusion de la Cour d'appel fédérale. [Je souligne.]

[58] Ces commentaires généraux se retrouvent à la toute fin des motifs de la juge Karakatsanis — un peu comme un point d'orgue. Mais ici, le « silence » de la Cour suprême ne « devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l'analyse ou de la conclusion de la Cour d'appel fédérale ». La Cour suprême envoie donc un message aux Cour fédérales et à tous les lecteurs de l'arrêt *Windsor CSC*, sans toutefois que, formellement, ne soient infirmés ou approuvés les commentaires exprimés aux paragraphes 47 à 70 de l'opinion du juge Stratas dans l'arrêt *Windsor CAF*. C'est un silence obligé — mieux, une parenthèse — qui incite à la réflexion, et ouvre le débat concernant le pouvoir de la Cour fédérale de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. L'enjeu est de taille, il va sans dire.

[59] Car, la doxa — celle dont la valeur de précédent semble contestée aujourd'hui — c'est l'affirmation solennelle de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Windsor CAF*, au paragraphe 64 : « la capacité [des Cours fédérales] de recourir à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsque le critère consacré par la jurisprudence *ITO—Int'l Terminal Operators* est respecté ne fait nul doute » (je souligne). Mais la Cour d'appel fédérale n'est pas la seule à proclamer le Credo. Comme pour faire nombre, les parties et les plaideurs n'ont pas vraiment contesté la capacité de la Cour fédérale (les Cours fédérales depuis 2003) de prononcer des jugements déclaratoires d'invalidité depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[60] To use a metaphor, this Court is now facing a truly Shakespearean dilemma. To be or not to be a superior court: that is the question. From an existential standpoint, this problem ultimately affects the social self and the jurisdiction of this federal court, unique in Canada. It is also a compelling question. Failing to recognize today the ability to use section 52 of the *Constitution Act, 1982* — when the *ITO* test is met — is likely to cause major inconveniences for litigants who come before the Federal Court seeking relief, and serious problems with judicial control above and below, considering that, in the case of a material error, a court of appeal can not only render the judgment that should have been rendered by the trial Judge but also refer the case back to them for redetermination if the evidence in the record is insufficient or needs to be supplemented. However, we must not forget that in all Charter cases, the issue of justification of the infringement of the protected right, according to the section 1 test, very often requires a factual demonstration from the attorneys general.

[60] Pour utiliser une métaphore, la présente Cour fait maintenant face à un véritable dilemme shakespearien. Être ou ne pas être une cour supérieure : telle est la question. Dans sa dimension existentielle, cette problématique déteint à terme sur le moi social et la compétence de ce tribunal fédéral unique en son genre au Canada. C'est une question au demeurant incontournable. Ne pas reconnaître aujourd'hui la capacité de recourir à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — lorsque le critère *ITO* est respecté — est susceptible d'occasionner des inconvénients majeurs du côté des justiciables qui s'adressent à la Cour fédérale pour obtenir réparation, et de sérieux problèmes de pilotage judiciaire en amont et en aval — considérant qu'en cas d'erreur matérielle, une cour d'appel peut non seulement rendre le jugement qui aurait dû être rendu par le juge de première instance mais lui retourner l'affaire pour redétermination si la preuve au dossier est insuffisante ou doit être complétée. Or, n'oublions pas que dans tous les dossiers de Charte, la question de la justification de l'atteinte au droit protégé, selon le test de l'article premier, requiert très souvent une démonstration factuelle du côté des procureurs généraux.

[61] The problem, as the Attorney General of Canada explains in his additional submissions, is that the Supreme Court is itself a court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Recall that in 1875, the Supreme Court was constituted and established "in and for the Dominion of Canada [as] a Court of Common Law and Equity" and which "shall have, hold, and exercise an appellate civil and criminal jurisdiction within and throughout the Dominion of Canada" (sections 1 and 15 of the *Supreme and Exchequer Court Act*). It was maintained as a "court of law and equity … as a general court of appeal for Canada, and as an additional court for the better administration of the laws of Canada" (section 3 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26). In addition, the appellate powers of the Supreme Court are limited by federal law in that it must "give the judgment and award the process or other proceedings that the court whose decision is appealed against should have given or awarded" (section 45 of the *Supreme Court Act*). In other words, its own jurisdiction depends on that of the court appealed against.

[61] Le problème, comme l'explique le procureur général du Canada dans ses représentations additionnelles, c'est que la Cour suprême est elle-même une cour créée en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Rappelons qu'en 1875, la Cour suprême a été constituée et établie « dans et pour la Puissance du Canada, [comme] une cour de droit commun et d'équité » et laquelle « aura, possédera et exercera une juridiction d'appel, au civil et au criminel, dans et par tout le Canada » (articles 1 et 15 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*). Celle-ci a été maintenue comme « [t]ribunal de droit et d'equity », et ce, « à titre de cour générale d'appel pour l'ensemble du pays et de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien » (article 3 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26) Aussi, les pouvoirs en appel de la Cour suprême sont circonscrits par la loi fédérale dans la mesure où elle doit se « substituer à la juridiction inférieure pour le prononcé du jugement » (article 45 de la *Loi sur la Cour suprême*). En d'autres termes, sa propre compétence dépend de celle de la cour dont il est fait appel.

[62] However, as the Attorney General of Canada points out, a number of constitutional challenges to federal legislation, initiated in Federal Court with no application other than declaratory, have been appealed all the way to the Supreme Court of Canada. It is revealing to note that the Supreme Court then ruled on the constitutionality of the provisions on the basis that it had the required jurisdiction. Specifically, in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the Supreme Court rendered a judgment declaring unconstitutional provisions of the *Food and Drugs Act*, R.S.C 1970, c. F-27, with respect to the division of powers. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Supreme Court rendered a judgment declaring a provision of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 unconstitutional under the Charter. The declaration of unconstitutionality was suspended for a certain period, though the Supreme Court left no doubt that the declaration would apply to all after the period of suspension expired (see pages 226–227 [paragraphs 23–24] for the majority; pages 284–285 [paragraphs 118–121] for the minority). In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, the majority of the Supreme Court rendered a judgment declaring a provision of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 constitutional under the Charter. The minority—albeit consisting of four judges—would have declared the provision invalid while suspending the unconstitutionality for a certain period after which the declaration would have taken effect against all (pages 623–624 [paragraphs 226–228]).

[62] Or, comme le souligne le procureur général du Canada, plusieurs contestations constitutionnelles de lois fédérales, initiées devant la Cour fédérale et qui n'étaient assorties d'aucune demande autre que déclaratoire, ont fait l'objet d'un appel jusqu'en Cour suprême du Canada. Il est révélateur de constater que la Cour suprême s'est alors prononcée sur la constitutionnalité des dispositions en tenant pour acquis qu'elle avait la compétence voulue. Notamment dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Lée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant inconstitutionnelles des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, au regard du partage des compétences. Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant inconstitutionnelle une disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, au regard de la Charte. La déclaration d'inconstitutionnalité fut suspendue pour une certaine période alors que la Cour suprême ne laissait pas de doute que la déclaration s'appliquerait à l'égard de tous à l'expiration de la période de suspension (voir aux pages 226–227 [paragraphes 23–24] pour la majorité; aux pages 284–285 [paragraphes 118–121] pour la minorité). Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, la majorité de la Cour suprême a prononcé un jugement déclarant constitutionnelle au regard de la Charte une disposition de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9. La minorité — quatre juges quand même — aurait déclaré la disposition invalide tout en suspendant l'inconstitutionnalité pendant une certaine période suivant laquelle la déclaration aurait pris effet à l'égard de tous (pages 623–624 [paragraphes 226–228]).

[63] In *Windsor SCC*, since the *ITO* test was not met, the Supreme Court found that section 23 of the *Federal Courts Act* did not allow the Federal Court to grant relief. Moreover, pragmatically, the parties argue that, in this case, the three branches of the *ITO* test are met and that the Federal Court therefore has plenary power to make a declaration of invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982*:

[63] Dans l'arrêt *Windsor CSC*, parce que le test de l'arrêt *ITO* n'était pas rempli, la Cour suprême a conclu que l'article 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne permettait pas à la Cour fédérale d'accorder une réparation. Aussi, d'une façon pragmatique, les parties soumettent que, dans le présent dossier, les trois volets du test de l'arrêt *ITO* sont remplis et que la Cour fédérale a donc le pouvoir plénier de prononcer une déclaration d'invalidité en vertu du l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

(a) Firstly, sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* provide for judicial review and provide that a declaratory judgment may be granted as relief against any federal board, commission or other tribunal and/or the Attorney General of Canada. This Court's superintending and reforming power with regard to judicial review therefore extends to the Board, which is responsible for reviewing any request to suspend an LTSO for long-term offenders.

(b) Secondly, the CCRA is a valid federal statute that sets out all of the Board's powers with regard to long-term offenders (sections 99.1 to 135.1 of the CCRA) as well as its obligations of procedural fairness (section 100 and paragraph 101(a) of the CCRA). In this regard, federal law plays an essential role in this case, one that involves the Federal Court's jurisdiction to review the legality of Board decisions.

(c) Thirdly, although the Constitution is not one of the "laws of Canada" referred to in section 101 of the *Constitution Act, 1867*, the fact remains that the constitutional question raised in this case is directly related to the application of a federal law for which the Federal Court has jurisdiction. Consequently, the Federal Court has jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* to rule on the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA in this application for judicial review and to issue a declaration of invalidity, if applicable.

[64] I agree with the general reasoning of the parties, which I find difficult to dispute from a statutory and constitutional standpoint.

[65] In fact, I am satisfied that all branches of the *ITO* test are met. I would add that the constitutionality of section 18 of the *Federal Courts Act*, which grants the Federal Court original and general supervisory juris-

a) Premièrement, les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoient la procédure en contrôle judiciaire, et notamment qu'un jugement déclaratoire peut être accordé comme réparation contre l'office fédéral et/ou le procureur général du Canada. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de la présente Cour en matière de révision judiciaire s'étend donc à la Commission, laquelle est responsable de réviser toute demande de suspension d'OSLD pour les délinquants à contrôler.

b) Deuxièmement, la LSCMLC est une législation valide fédérale qui prévoit l'ensemble des pouvoirs de la Commission en lien avec les délinquants à contrôler (articles 99.1 à 135.1 de la LSCMLC), ainsi que les obligations en matière d'équité procédurale (article 100 et paragraphe 101(a) de la LSCMLC). À ce chapitre, le droit fédéral joue, dans les faits, un rôle essentiel dans le présent litige — ce qui engage la compétence de la Cour fédérale en matière de révision de la légalité des décisions de la Commission.

c) Troisièmement, même si la Constitution ne fait pas partie des « lois du Canada » visées à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'empêche, la question constitutionnelle soulevée dans le présent dossier a un lien direct avec l'application d'une loi fédérale pour laquelle la Cour fédérale a compétence. En conséquence, la Cour fédérale a compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour statuer sur la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire et prononcer un jugement déclaratoire d'invalidité, le cas échéant.

[64] Je suis d'accord avec le raisonnement général des parties, lequel m'apparaît difficilement contestable d'un point de vue statutaire et constitutionnel.

[65] Dans les faits, je suis satisfait que tous les critères du test d'*ITO* sont remplis. J'ajouterais que la constitutionnalité de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui attribue une compétence générale de sur-

diction over federal boards, commissions or other tribunals, is not in dispute in this case. Nor does the applicant raise any constitutional questions relating to the division of legislative powers or the application of the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy, which posed a problem in *Windsor*. Furthermore, the Federal Court's jurisdiction to make constitutional declarations is, of course concurrent with that of other provincial superior courts (*Jabour*).

[66] It is therefore appropriate to ascribe limited weight to the *obiter* in paragraphs 70 and 71 of *Windsor SCC*. That being said, in the event that there is still doubt as to the Federal Court's statutory or constitutional ability to declare, as a remedy, that legislation is constitutionally invalid, inapplicable or inoperative, I believe it is necessary to demonstrate in this judgment why the Federal Court can indeed make a formal declaration of invalidity even though it is not a "superior court" within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is not a matter of placing particular emphasis on historical happenstance or philosophical or political speculation, but of giving credit to Parliament's legal reason and intent, which only an informed and prospective reading of the Constitution and its guiding principles can magnify.

C. *The Federal Court is a "superior court" for the purposes of the exercise of the jurisdiction under section 18 of the* Federal Courts Act

[67] For present purposes and to avoid burdening the text, the term "Federal Court" may also, depending on the context, refer to the Federal Court of Appeal. There was an obvious practical reason behind the creation of the Exchequer Court in 1875 and the creation, in 1970, of the Federal Court, which has a broader jurisdiction: the better administration of the "laws of Canada". Federal law has no boundaries and can be applied indiscriminately throughout Canada. In this regard, not only is the Federal Court the only court of first instance with national jurisdiction in Canada, but its judgments can be executed throughout the country. This is reflected in

veillance de la Cour fédérale en première instance des offices fédéraux, n'est pas contestée dans le présent dossier. Le demandeur ne soulève, non plus, aucune question constitutionnelle relative au partage des compétences législatives ou ayant trait à l'application des doctrines constitutionnelles de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale, ce qui posait problème dans l'affaire *Windsor*. Du reste, la compétence déclaratoire de la Cour fédérale en matière constitutionnelle est, bien entendu, concurrente avec celle des autres cours supérieures provinciales (*Jabour*).

[66] Il y a donc lieu d'accorder une portée limitée à l'*obiter* que l'on retrouve aux paragraphes 70 et 71 de l'arrêt *Windsor CSC*. Cela étant dit, dans le cas où il subsisterait quand même un doute concernant la capacité statutaire ou constitutionnelle de la Cour fédérale de déclarer, à titre de réparation, qu'une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante, il m'apparaît nécessaire de démontrer dans le présent jugement, pourquoi la Cour fédérale peut effectivement prononcer une déclaration formelle d'invalidité, même si elle n'est pas une « cour supérieure » au sens de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne s'agit pas de faire la part belle au hasard historique ou aux spéculations d'ordre philosophique ou politique, mais de donner crédit à la raison juridique et à l'intention du Parlement, et que seule une lecture éclairée et prospective de la Constitution et de ses principes directeurs peut magnifier.

C. *La Cour fédérale est une « cour supérieure » aux fins de l'exercice de la compétence prévue à l'article 18 de la* Loi sur les Cours fédérales

[67] Pour les fins des présentes et pour ne pas alourdir mon propos, lorsque je me réfère à la Cour fédérale, ceci inclut également, selon le contexte, la Cour d'appel fédérale. Il y a une raison pratique évidente derrière la création de la Cour de l'Échiquier en 1875, et celle en 1970, de la Cour fédérale qui jouit d'une juridiction élargie. C'est pour la meilleure administration des « lois du Canada ». Le droit fédéral ne connaît pas de frontières et peut s'appliquer indistinctement partout sur le territoire canadien. À ce chapitre, non seulement la Cour fédérale est-elle la seule cour de première instance qui possède au Canada une juridiction nationale,

the Federal Court's mission, which is to deliver justice and assist parties to resolve their legal disputes throughout Canada, in either official language, in a manner that upholds the rule of law and that is independent, impartial, equitable, accessible, responsive and efficient.

[68] Access to justice, an essential pillar of the rule of law, has become the single biggest challenge facing courts across Canada. This reality is well explained by dissenting judges Moldaver and Brown in *Windsor SCC*, in paragraphs 77 to 79:

> The history of the Federal Court reveals that it was intended by Parliament to have broad jurisdiction. The Exchequer Court, created in 1875, initially had limited jurisdiction: it could hear certain claims against the Crown, and eventually, claims relating to patents, copyrights, public lands, and railway debts (*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11; *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30). During the 20th century, however, it became apparent that the Exchequer Court could not deal with many matters that transcended provincial boundaries, and that confusion, inconsistency, and expense tended to accompany litigation of these national matters in the provincial superior courts.
>
> These problems prompted Parliament in 1970 to replace the Exchequer Court with the Federal Court, and to expand the Federal Court's jurisdiction (*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1). According to the Minister of Justice, the Federal Court was designed to achieve two objectives: first, ensuring that members of the public would "have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements"; and second, making it possible for "litigants who may often live in widely different parts of the country to [have] a common and convenient forum in which to enforce their legal rights" (*House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, p. 5473).

mais ses jugements peuvent être exécutées partout sur le territoire. D'ailleurs, cela se reflète dans la mission de la Cour fédérale, qui est de rendre la justice et d'aider les parties à régler leurs différends juridiques partout au Canada, dans l'une ou l'autre des langues officielles, d'une manière qui respecte la primauté du droit et est indépendante, impartiale, équitable, accessible, efficiente et adaptée à la situation.

[68] L'accès à la justice — un pilier essentiel de la primauté du droit — est actuellement le plus grand défi auquel sont confrontés les tribunaux du Canada. Cette réalité est bien expliquée par les juges Moldaver et Brown, dissidents dans l'arrêt *Windsor CSC*, aux paragraphes 77 à 79 :

> L'historique de la Cour fédérale révèle que le Parlement avait l'intention de lui conférer une compétence étendue. La Cour de l'Échiquier du Canada, qui a été créée en 1875, possédait au départ une compétence limitée : elle pouvait entendre certaines demandes présentées contre la Couronne et, par la suite, des demandes relatives aux brevets, aux droits d'auteur, aux terres publiques et aux dettes des compagnies de chemin de fer (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11; *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30). Au cours du XXe siècle, toutefois, il est devenu évident que la Cour de l'Échiquier ne pouvait pas traiter de nombreuses questions qui débordaient les frontières provinciales, et que les litiges relatifs à ces questions d'envergure nationale portés devant les cours supérieures provinciales tendaient à entraîner la confusion, l'incohérence et des coûts élevés.
>
> Ces problèmes ont incité le Parlement, en 1970, à remplacer la Cour de l'Échiquier par la Cour fédérale, et à élargir la compétence de cette dernière (*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1). Selon le ministre de la Justice, la Cour fédérale fut créée pour atteindre deux objectifs : premièrement, faire en sorte que les particuliers puissent « recourir à une cour nationale exerçant une [compétence] nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux »; deuxièmement, permettre aux « plaideurs, qui demeurent parfois dans des régions fort éloignées l'une de l'autre, [de trouver] là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2e sess., 28e lég., 25 mars 1970, p. 5473).

These purposes are better served by a broad construction of the Federal Court's jurisdiction. We acknowledge that the Federal Court is not without jurisdictional constraints. A broad construction of the Federal Court's statutory grant of jurisdiction cannot exceed Parliament's constitutional limits and intrude on provincial spheres of competence. [My emphasis.]

[69] In short, justice is not in competition with itself: access to justice must prevail in every case, which favours a broad construction of the jurisdiction conferred on this Court by the *Federal Courts Act*. In this sense, the Federal Court is part of the solution, and it would be wrong to want to associate it with the problem of the increasing number of jurisdictions. When it created a national court of first instance, Parliament could very well have left it to the courts mentioned in section 129 of the *Constitution Act, 1867*, and to the other provincial courts created under subsection 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, to exercise their traditional jurisdiction in civil and criminal matters, while making adjustments over time, if necessary, for the purposes of the "laws of Canada". But what characterizes the Federal Court is not only its nature as a national court (trial and appeal). Its composition also ensures national continuity (section 5.3 of the *Federal Courts Act*) and the maintenance of Canadian bijuralism (common law and civil law). However, like section 6 of the *Supreme Court Act*, section 5.4 of the *Federal Courts Act* provides for effective representation of Quebec, with a minimum and large number of judges (at least five judges of the Federal Court of Appeal and at least 10 judges of the Federal Court) who must have been judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of Quebec or members of the Bar of Quebec. It is an eloquent legislative demonstration of Parliament's wish to create a pan-Canadian court that is particularly well adapted to Canada's reality and bijuralism.

[70] In *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433 (*Reference re Supreme Court*), the Supreme Court pointed out that section 6 of the *Supreme Court Act* "reflects the historical compromise

Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs. Nous reconnaissons que la compétence de la Cour fédérale comporte des restrictions. Une interprétation large de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale ne peut aller au-delà des limites constitutionnelles du Parlement et empiéter sur les domaines de compétence des provinces. [Je souligne.]

[69] Bref, la justice n'est pas en concurrence avec elle-même : l'accès à la justice doit primer dans tous les cas, ce qui favorise une interprétation large de la compétence dont est investie la présente Cour en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. En ce sens, la Cour fédérale fait partie de la solution, et on aurait tort de vouloir l'associer au problème de la multiplication des juridictions. En instituant une cour de première instance nationale, le Parlement pouvait très bien laisser aux cours mentionnées à l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi qu'aux autres cours provinciales créées en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le soin d'exercer leur juridiction traditionnelle en matière civile et criminelle — tout en rectifiant le tir si cela s'avérait nécessaire au fil du temps, dans le cas de l'application des « lois du Canada ». Mais ce qui caractérise la Cour fédérale, ce n'est pas seulement son caractère de cour nationale (première instance et appel). Sa composition assure également une pérennité nationale (article 5.3 de la *Loi sur les Cours fédérales*) et le maintien du bijuridisme canadien (common law et droit civil). Or, à l'instar de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'article 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales* assure une représentation effective du Québec, avec un nombre minimum et important de juges (au moins cinq juges de la Cour d'appel fédérale et dix juges de la Cour fédérale) qui doivent avoir été juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec ou membres du barreau de la province de Québec. C'est une démonstration législative éloquente du souhait du Parlement de créer un tribunal pan canadien qui soit particulièrement bien adapté à la réalité canadienne et à sa dualité juridique.

[70] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 (*Renvoi sur la Cour suprême*), la Cour suprême rappelle que l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* « exprime

that led to the creation of the Supreme Court" (paragraph 48), whereas its purpose "is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but also to ensure that Quebec's distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights" (paragraph 49). Incidentally, the Supreme Court noted in this regard that section 5.4 of the *Federal Courts Act*, "in many ways reflects s. 6 of the *Supreme Court Act* by requiring that a minimum number of judges on each court be drawn from Quebec institutions. The role of Quebec judges on the federal courts is a vital one" (paragraph 60) (my emphasis).

le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême » (paragraphe 48), tandis que son objectif « est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits » (paragraphe 49). Incidemment, la Cour suprême note à ce chapitre que l'article 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, « fait écho à bien des égards à l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* en exigeant qu'un nombre minimum de juges de chacune de ces cours proviennent des institutions québécoises. Les juges originaires du Québec jouent un rôle vital au sein des cours fédérales » (paragraphe 60) (je souligne).

[71] When we consider the role, mission and "implied powers [the Federal Court] and its predecessors have had for almost a century-and-a-half to determine the constitutional validity, operability and applicability of laws before it" (*Windsor FCA*, at paragraph 73), we have a better understanding of the Federal Court of Appeal's conclusion in *Windsor FCA*. As Mr. Justice Stratas clearly stated in paragraph 47, "as long as the test in *ITO—International Terminal Operators* is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters, such as declarations of invalidity". Regarding sections 18 and 28 of the *Federal Courts Act*, in order to truly exercise their superintending and reforming function regarding the legality of decisions by any federal board, commission or other tribunal, the Federal Courts must perforce be able to declare inoperative and/or unconstitutional any provision inconsistent with the Constitution, the supreme law of Canada.

[71] Lorsqu'on tient compte du rôle, de la mission et des « pouvoirs implicites dont [la Cour fédérale] et ses prédécesseurs disposent depuis près de 150 ans pour se prononcer sur la constitutionnalité et l'applicabilité des lois qui leur sont soumises » (*Windsor CAF*, au paragraphe 73), on comprend mieux la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Windsor CAF*. Comme le déclare sans ambages le juge Stratas au paragraphe 47, « dès lors que le critère consacré par l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d'invalidité ». S'agissant des articles 18 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour véritablement exercer leur rôle de supervision et de contrôle de la légalité des décisions rendues par tout office fédéral, les Cours fédérales doivent forcément être en mesure de déclarer inopérant et/ou inconstitutionnelle toute disposition incompatible avec la Constitution, la loi suprême du Canada.

[72] The grant of jurisdiction under the *Federal Courts Act* should not be interpreted in a narrow fashion under the pretext that this Court is a statutory court rather than an inherent jurisdiction court (*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626 (*Canadian Liberty Net*), at paragraph 24 *et seq.*). The historical primacy of the "superior courts" fuels the synecdoche associated with the vague, immanent concept in the judicial sphere of

[72] Il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement l'attribution de compétence prévue dans la *Loi sur les Cours fédérales*, sous prétexte que cette Cour est une cour statutaire plutôt qu'une cour avec une compétence inhérente (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 (*Canadian Liberty Net*), aux paragraphes 24 et suivants). La primauté historique des « cours supérieures » alimente la synecdoque associée au concept flou et

"inherent jurisdiction". But that is not all, because there are many other (federal and provincial) ordinary courts that exercise, at trial or on appeal, concurrent jurisdiction in civil and criminal matters. Moreover, I do not believe that the Federal Courts (Federal Court of Appeal and Federal Court) can be legally equated with provincial inferior courts or specialized federal or provincial administrative tribunals, whose sole remedial power is limited to refusing to apply a law inconsistent with the Constitution based on the principle of the rule of law (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130 (*Lloyd*), at paragraphs 15–16).

[73] On the one hand, there is the "narrow view" [as it is referred to in *Canadian Liberty Net*, at paragraph 26] articulated by Madam Justice Wilson in *Roberts* [*Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at page 331] — as previously expressed by Bora Laskin (who later became Chief Justice of Canada) — to the effect that " the omnicompetence of provincial superior courts was fed by a decision of the Privy Council [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.) (*Board*)], suggestive of inherent superior court jurisdiction, that (to use its words) 'if the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the [Queen's] Courts of justice'" (cited in *Canadian Liberty Net*, at paragraph 29 [emphasis in original removed]).

[74] On the other hand, and this is the one that I retain today, there is the more modern view — which is consistent with the evolving nature of the Constitution — that the "purpose of the doctrine of inherent jurisdiction ... is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized" (my emphasis). In this case, the Supreme Court in *Canadian Liberty Net* [at paragraph 32], after distinguishing *Board*, clearly opted for a dynamic and pragmatic interpretation of the Federal Court's legislative jurisdiction. Sections 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867* relating to judicature must be read as a

immanent dans la sphère judiciaire de « compétence inhérente ». Mais voilà, ce n'est pas tout, car il existe beaucoup d'autres tribunaux de droit commun (fédéraux et provinciaux) exerçant en première instance ou en appel une juridiction concurrente en matière civile et criminelle. De plus, je ne crois pas qu'on puisse juridiquement assimiler les Cours fédérales (Cour d'appel fédérale et Cour fédérale) aux cours provinciales de juridiction inférieure ou aux tribunaux administratifs fédéraux ou provinciaux spécialisés, et dont le seul pouvoir de réparation se limite à refuser d'appliquer une règle de droit incompatible avec la Constitution au nom du principe de la primauté du droit (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130 (*Lloyd*), aux paragraphes 15–16).

[73] D'une part, il y a la « conception étroite » [telle qu'on la nomme dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, au paragraphe 26] exposée par la juge Wilson dans l'arrêt *Roberts* [*Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la page 331], voulant — tel que l'avait antérieurement formulé Bora Laskin (devenu plus tard juge en chef du Canada) — que « [TRADUCTION] [...] [l]'omnicompétence des cours supérieures des provinces tire son origine d'une décision du Conseil privé [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.) (*Board*)] qui semble reconnaître aux cours supérieures une compétence inhérente selon laquelle (pour reprendre ses termes) "si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal pour en assurer l'exercice, car si aucun autre mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice" » (cité dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, au paragraphe 29 [le soulignement qui se retrouvait dans l'original a été enlevé]).

[74] D'autre part, et c'est celle que je retiens aujourd'hui, il y a la conception plus moderne — au demeurant compatible avec le caractère évolutif de la Constitution — voulant que « l'objet de la théorie de la compétence inhérente [...] est tout simplement d'éviter qu'un droit ne puisse être exercé faute d'une cour supérieure où il peut être reconnu » (je souligne). En l'espèce, la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Liberty Net* [au paragraphe 32], après avoir distingué l'affaire *Board*, a clairement opté pour une interprétation dynamique et pragmatique de la compétence législative de la Cour fédérale. Il faut lire les articles 96 à 101 de la

coherent whole. It is worthwhile noting that the tenure of "superior court" judges set out in section 99 of the *Constitution Act, 1867* is not limited to judges of the provincial superior courts appointed by the Governor General under section 96 of the *Constitution Act, 1867*. It also includes judges of the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Appeal, the Federal Court and the Tax Court of Canada (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at paragraph 29 [pages 695–695]). Also, according to subsection 35(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, the term "superior court" means these four courts mentioned above created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Loi constitutionnelle de 1867, relatifs à la judicature, comme un tout cohérent. Il est intéressant de souligner que la garantie d'inamovibilité des juges des « cours supérieures », inscrite à l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne se limite pas aux juges des cours supérieures provinciales nommés par le gouverneur général en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais inclut également les juges de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale et de la Cour canadienne de l'impôt (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, au paragraphe 29 [pages 695–696]). De plus, selon le paragraphe 35(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les expressions « juridiction supérieure ou cour supérieure » visent notamment ces quatre dernières cours créées en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[75] Canada was still a colony before Confederation. There was an element of unpredictability in 1867 when the Parliament of the United Kingdom adopted *The British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (which in 1982 became the *Constitution Act, 1867*). Although the provinces of Canada (Ontario and Quebec), Nova Scotia and New Brunswick wanted to establish a Federal Union to form one Dominion (*Puissance*) under the crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a constitution based on the same principles as that of the United Kingdom, the constitution was only repatriated in 1982. In fact, the sovereignty of Canada and the other Dominions was only legally enshrined by the *Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]. Canada has changed a great deal in 150 years. In other words, if realities change, so do the courts. This is a reflection of Canada, the provinces and the territories. The Supreme Court and the Exchequer Court were both created in 1875 under the same Act, and both courts were able to share the same judges for a few years (see section 60 of *The Supreme and Exchequer Court Act*).

[75] Le Canada était encore une colonie avant la Confédération. Il y avait un élément d'imprévisibilité en 1867 lorsque le Parlement du Royaume-Uni a adopté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (devenue en 1982 la *Loi constitutionnelle de 1867*). Malgré le désir des provinces du Canada (Ontario et Québec), de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, il reste que cette dernière n'a été rapatriée qu'en 1982. De fait, la souveraineté du Canada et des autres *Dominions* a seulement été consacrée juridiquement par le *Statut de Westminster de 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, nº 27]. Le Canada a beaucoup changé en 150 ans. En d'autres termes, si les réalités changent, les tribunaux aussi. C'est à l'image même du Canada, des provinces et des territoires. La Cour suprême et la Cour de l'Échiquier étaient du même cru — 1875 —, de la même mouture, et d'ailleurs, pendant quelques années, les deux cours ont pu se partager les mêmes juges (voir l'article 60 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*).

[76] Although section 129 of the *Constitution Act, 1867* explicitly provides for the continued existence of

[76] D'ailleurs, bien que l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit explicitement le maintien

the courts in the provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick at the time of the union, they may subsequently be repealed, abolished or altered by the competent authorities. The Constitution is "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits", and it should be interpreted as such (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136). This is why the Judicial Committee of the Privy Council (for the United Kingdom) adopted a broad interpretation in 1947 when it confirmed the Parliament of Canada's power to terminate appeals in London (including any direct appeals permitted by provincial legislation). After the provisions of the *Statute of Westminster, 1931* came into force, there was no legal impediment, given Parliament's jurisdiction under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, that the Supreme Court should exercise exclusive ultimate appellate civil and criminal jurisdiction (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801 (P.C.) (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*)).

[77] Also, it is not disputed in this case that a superior court is one which has supervisory jurisdiction over lower courts and other inferior tribunals. A superior court also has plenary jurisdiction to determine any matter arising out of its original jurisdiction and is subject only to appellate review. In other words, it is not subject to the writs of other superior courts (*Felipa FC*, at paragraphs 59–62. This point was not overruled by the [Federal] Court of Appeal). Not surprisingly, and well before the Constitution was repatriated in 1982, the Supreme Court had already recognized that Parliament had full authority to transfer to a court established under section 101 of the *Constitution Act, 1867* superintending power over federal agencies, which until then had been exercised by the Court of King's Bench, and the Superior Court in Quebec as courts of law (*Three Rivers Boatman Limited v. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 607, at page 616). The inherent jurisdiction of provincial superior courts is meaningful today only because it overlaps with other

des tribunaux en existence dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse, et du Nouveau-Brunswick à l'époque de l'union, rien n'empêche que ceux-ci puissent être révoqués, abolis ou modifiés ultérieurement par les autorités compétentes. La Constitution est [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles » et elle devrait être interprétée en conséquence (*Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), à la page 136). C'est ce qui explique l'interprétation large qui a été retenue en 1947 par le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine (pour le Royaume-Uni), lorsqu'il a confirmé le pouvoir du Parlement du Canada de mettre fin aux appels à Londres (incluant tout appel direct permis par une loi provinciale). Suite à l'entrée en vigueur des dispositions du *Statut de Westminster de 1931*, il n'y avait aucun obstacle juridique, vu la compétence du Parlement en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce que la Cour suprême devienne le tribunal ayant compétence exclusive pour décider en dernier ressort de tout appel en matière civile et criminelle (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] 1 D.L.R. 801 (P.C.) (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*)).

[77] D'autre part, il n'est pas contesté en l'espèce qu'une cour supérieure est une cour qui a un pouvoir de surveillance sur les cours et les autres tribunaux d'instance inférieure. Une cour supérieure a également compétence absolue pour trancher toute question qui découle de sa compétence en première instance et ses décisions ne sont susceptibles que de révision en appel. En d'autres termes, une cour supérieure n'est subordonnée à aucune autre cour supérieure (*Felipa CF*, aux paragraphes 59–62, non infirmée sur ce point par la Cour d'appel [fédérale]). Non sans surprise, bien avant le rapatriement de 1982, la Cour suprême avait également déjà reconnu que le Parlement avait toute autorité pour transférer à un tribunal de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence de surveillance à l'égard des organismes fédéraux ayant jusqu'alors pu être exercée par la Cour du Banc du Roi, puis par la Cour supérieure au Québec comme tribunaux de droit commun (*Three Rivers Boatman Limited c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et al.*, [1969] R.C.S.

jurisdictions of federal or provincial legislative origin, and because it is exercised in a residual manner if a jurisdiction is not otherwise exercised by another tribunal of the Canadian federation. In short, all of today's Canadian courts came into existence as a result of statutory changes. These changes are exactly what enables them to provide better justice.

[78] As a result, as the Supreme Court noted in *Canadian Liberty Net*, "[i]n a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court" (at paragraph 35). Thus, because this involves the Federal Court's general administrative jurisdiction over federal administrative tribunals, "[t]his means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction" (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 36) (my emphasis). If section 44 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court jurisdiction to grant an injunction in enforcing the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, this is all the more reason to argue that in the context of an action against the Crown or an application for judicial review, the inherent or residual jurisdiction of the provincial superior courts in matters involving the constitution or *habeas corpus* in no way affects the "plenary jurisdiction" exercised by the Federal Court under sections 17 and 18 of the *Federal Courts Act*.

[79] In this case, the Federal Courts exercise a vital front-line role in the Canadian federation. Federalism and constitutionalism are two fundamental constitutional principles (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraph 32). They go hand in hand and are complementary, as are the other unwritten constitutional principles of the Constitution (democracy, rule of law and respect for minorities). Either the inherent jurisdiction theory of the provincial superior courts has

607, à la page 616). La compétence inhérente des cours supérieures provinciales n'a donc de sens aujourd'hui que parce qu'elle se superpose avec d'autres compétences judiciaires d'origine législative — fédérale ou provinciale —, et qu'elle s'exerce de manière résiduaire si une compétence n'est pas autrement exercée par un autre tribunal de la fédération canadienne. Bref, toutes les cours canadiennes actuelles sont la résultante d'une évolution statutaire. C'est justement cette évolution qui les rend aptes à rendre une meilleure justice.

[78] En conséquence, comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, « [d]ans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d'interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale » (au paragraphe 35). Ainsi, s'agissant de la compétence administrative générale de la Cour fédérale sur les tribunaux administratifs fédéraux, « [c]ela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 36) (je souligne). Si l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère compétence à la Cour fédérale d'accorder une injonction dans le cadre de l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, à plus forte raison, est-il permis de soutenir que dans le cadre d'une action contre la Couronne ou d'une demande de contrôle judiciaire, la compétence inhérente ou résiduelle des cours supérieures provinciales en matière constitutionnelle ou d'*habeas corpus* n'affecte d'aucune manière la « plénitude de compétence » qu'exerce la Cour fédérale en vertu des articles 17 et 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[79] En l'espèce, les Cours fédérales exercent un rôle vital et de premier plan dans la fédération canadienne. Or, le fédéralisme et le constitutionnalisme sont deux principes constitutionnels fondamentaux (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 32). Ils vont de pairs et sont complémentaires, au même titre que les autres principes constitutionnels non écrits de la Constitution (démocratie, primauté du droit

the effect of depriving the Federal Court of jurisdiction "over an area where it is otherwise explicitly given extensive powers of supervision" (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 25); or "the language of the Act is completely determinative of the scope of the Court's jurisdiction" (*Canadian Liberty Net*, at paragraph 26, citing *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 (*Roberts*), at page 331). In the area of judicial review, the Federal Court plays an essentially interventionist role in all forms of federal government activity, as it must maintain the rule of law, which of course authorizes it to make formal declarations of invalidity.

et respect des minorités). De deux choses l'une : ou bien la théorie de la compétence inhérente des cours supérieures provinciales a pour effet de nier compétence à la Cour fédérale « sur un domaine à l'égard duquel elle est par ailleurs explicitement investie de vastes pouvoirs de surveillance » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 25); ou bien « c'est le texte de la Loi qui détermine complètement l'étendue de la compétence de la cour » (*Canadian Liberty Net*, au paragraphe 26, citant *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (*Roberts*), à la page 331). Or, en matière de contrôle judiciaire, la Cour fédérale exercice un rôle essentiellement interventionniste de l'activité étatique fédérale sous toutes ses formes, tandis qu'elle doit veiller au maintien de la primauté du droit, ce qui l'autorise bien entendu à prononcer des déclarations formelles d'invalidité.

[80] As the Supreme Court pointed out in *Reference re Supreme Court Act*, at paragraph 89: "The existence of an impartial and authoritative judicial arbiter is a necessary corollary [of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*]. The judiciary became the 'guardian of the constitution' (*Hunter*, at p. 155, *per* Dickson J.)." In Canada, the courts—whose independence is constitutionally protected—exercise supervisory jurisdiction, which is essential to maintaining the democratic character of our institutions and respect for the rule of law. The lower courts must submit to their authority—which of course includes the federal boards. As the Supreme Court pointed out in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*), the Constitution is the supreme law of Canada and, by virtue of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. From this principle flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts. Consequently, the power to rule on a legal issue is the power to rule on it by applying only valid laws. Thus, in principle, a legislative provision inconsistent with the Charter is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to

[80] Comme le souligne d'ailleurs la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, au paragraphe 89 : « La nécessité de l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité est le corollaire [du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Les tribunaux sont devenus les "gardiens de la constitution" (*Hunter*, p. 155, le juge Dickson) ». Au Canada, les tribunaux judiciaires — dont l'indépendance est constitutionnellement protégée — exercent une compétence de surveillance qui est essentielle au maintien du caractère démocratique de nos institutions et du respect de la primauté du droit. Les tribunaux inférieurs doivent se soumettre à leur autorité — ce qui inclut bien entendu les offices fédéraux. Or, comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*), la Constitution est la loi suprême du Canada et la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il découle, de ce principe, que les Canadiens doivent, en pratique, pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles. Ainsi, le pouvoir de trancher une question de droit s'entend du pouvoir de la trancher en n'appliquant que des règles de droit valides. Donc, en principe, une disposition législative incompatible avec la Charte est

protect those whom it adversely affects (see *Martin*, at paragraphs 28 and 35). Like the other superior courts in Canada, within its jurisdiction, the Federal Court plays an essential and vital role of plenary supervision in the Canadian federation.

[81] But it is still true today that a judge of a lower inferior provincial court (*Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295) or an arbitration board exercising powers under provincial legislation (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570), is not entitled to make a formal declaration of invalidity. This is normal, because this type of court does not exercise a general supervisory function over government activities. However, this is not the case when a judicial declaration is made by "superior court judges of inherent jurisdiction and courts with statutory authority" (*Lloyd*, at paragraph 15).

[82] Because this involves the particular jurisdiction granted under the *Federal Courts Act*, professor Lemieux clearly noted that [TRANSLATION]: "The Federal Court can be characterized as a superior court. However, unlike provincial superior courts, this superior court is of legislative origin" (Denis Lemieux, "La nature et la portée du contrôle judiciaire", in *Collection de droit 2016–2017*, École du Barreau du Québec, Vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2016, at page 208). I also share the Attorney General of Canada's view that section 96 of the *Constitution Act, 1867* does not constitute a constitutional impediment, because section 101 of the same Act contains the terms: "[n]otwithstanding anything in this Act" (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*, at paragraph 19 [page 813]). To reason otherwise would mean that a federal institution that plays a leading role in the Canadian federation would be annihilated from the Canadian landscape. Notwithstanding belated constitutional revisionism, as the Supreme Court itself stated in 1984: "[t]o conclude otherwise would, in paraphrase of the *Jabour* decision, *supra*, leave a federal court established 'for the better administration of the laws of Canada' in the position of

invalide dès son adoption, et l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet n'est qu'un moyen parmi d'autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice (voir *Martin*, aux paragraphes 28 et 35). Au même titre que les autres cours supérieures du pays, la Cour fédérale exerce dans sa sphère de compétence, un rôle de supervision plénier essentiel et vital dans la fédération canadienne.

[81] Mais il est encore vrai aujourd'hui qu'un juge d'une cour provinciale inférieure (*Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295) ou un conseil arbitral exerçant des pouvoirs en vertu d'une loi provinciale (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570), ne sont pas habilités à faire une déclaration formelle d'invalidité. C'est normal, car ce type de tribunal n'exerce aucune fonction générale de supervision de l'activité étatique. Toutefois, il en va autrement lorsqu'un jugement déclaratoire est rendu par « une cour supérieure ayant une compétence inhérente ou d'un tribunal qui en est légalement investi » (*Lloyd*, au paragraphe 15).

[82] S'agissant de la compétence particulière dévolue par la *Loi sur les Cours fédérales*, le professeur Lemieux le souligne bien : « La Cour fédérale peut être qualifiée de cour supérieure. Cependant, à la différence des cours supérieures des provinces, cette cour supérieure est d'origine législative » (Denis Lemieux, « La nature et la portée du contrôle judiciaire », dans *Collection de droit 2016-2017*, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2016, à la page 208). Je partage également l'avis du procureur général du Canada à l'effet que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constitue pas un obstacle constitutionnel, puisque l'article 101 de la même loi contient les termes : [TRADUCTION] « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » (*Abolition of Privy Council Appeals Reference*, au paragraphe 19 [page 813]). Car, raisonner autrement aurait pour effet d'annihiler du paysage canadien une institution fédérale jouant un rôle judiciaire de premier plan dans la fédération canadienne. D'ailleurs, à moins d'un révisionnisme constitutionnel tardif, comme la Cour suprême l'a déclaré elle-même en 1984 : « [c]onclure le contraire aurait comme conséquence, pour paraphra-

having to participate in the execution and administration of such laws without the authority, let alone the duty, of first assuring itself that the statute before the Court is a valid part of the 'laws of Canada'" (*Northern Telecom*, at page 744).

[83] In conclusion, although it is not a "superior court" within the meaning of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court is nevertheless comparable to a superior court when it exercises general supervisory power over federal boards under section 18 of the *Federal Courts Act* (*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at pages 232–233). The same applies when it deals with a matter under section 17 of the *Federal Courts Act*. The Federal Court therefore has jurisdiction to make a formal declaration of invalidity in a matter where the constitutional question is validly raised, which is the case here.

D. *The intention of Parliament expressed in section 57 of the* Federal Courts Act *is to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters*

[84] Canada does not have a single or specialized (provincial or federal) judicial authority that would be responsible for reviewing the legality of laws and regulations to the exclusion of any court with jurisdiction in civil or criminal matters. In enacting section 57 of the *Federal Courts Act*, Parliament established the statutory framework under which, for the better administration of federal laws and regulations, a constitutional question may be validly argued before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, and consequently—before the Supreme Court itself, when an appeal has been authorized. We can also imagine that the explicit reference in subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* to provincial statutes or regulations targets those particular cases where their application is likely to conflict with a federal law or one of the regulations (*Windsor FCA*, at paragraphs 53–54).

ser l'arrêt *Jabour*, précité, de placer une cour fédérale établie "pour la meilleure administration des lois du Canada" dans la situation de devoir administrer et appliquer de telles lois sans le pouvoir, et encore moins l'obligation, de vérifier par elle-même si la loi soumise à la Cour appartient validement aux "lois du Canada" » (*Northern Telecom*, à la page 744).

[83] En conclusion, bien qu'elle ne soit pas une « cour supérieure » au sens de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale est néanmoins assimilable à une cour supérieure lorsqu'elle exerce en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* un pouvoir général de surveillance à l'égard des offices fédéraux (*Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, aux pages 232–233). Il en est de même lorsqu'elle est saisie d'une action en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour fédérale a donc compétence pour prononcer une déclaration formelle d'invalidité dans un dossier dans lequel la question constitutionnelle est validement soulevée, ce qui est le cas en l'espèce.

D. *L'intention du Parlement exprimée à l'article 57 de la* Loi sur les Cours fédérales *est de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignantes en matière constitutionnelle*

[84] Au Canada, il n'existe pas une autorité judiciaire unique ou spécialisée (provinciale ou fédérale) qui serait responsable d'examiner la légalité des lois et des règlements à l'exclusion de tout tribunal compétent en matière civile ou criminelle. Or, en édictant l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le Parlement a établi le cadre juridique statutaire suivant lequel, pour la meilleure administration des lois fédérales et de ses textes d'application, une question constitutionnelle peut être validement débattue devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale (ou même un office fédéral), et partant — devant la Cour suprême elle-même, lorsqu'un pourvoi a été autorisé. On peut également imaginer que la référence explicite dans le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* aux lois provinciales ou à leurs textes d'application vise ces cas particuliers où leur application est susceptible d'entrer en conflit avec une loi fédérale ou l'un des textes d'application (*Windsor CAF*, aux paragraphes 53–54).

[85] Service of a notice of constitutional question to the Attorney General of Canada and the attorney general of each province is mandatory (subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*). Not only is the attorney general entitled to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional question, once that attorney general has made submissions, he or she is deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question (subsections 57(4) and (5) of the *Federal Courts Act*). Section 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, establishes similar requirements. The requirement for a notice of constitutional question is also set out in several provincial laws, although the requirement to serve a notice, where a federal provision is at issue, is limited to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in question (for example, in Quebec, see the new sections 76 and 77 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (CCP), formerly section 95).

[86] The statutory notice of constitutional question allows courts of law — whose judges enjoy a guarantee of independence (unlike those of administrative tribunals) — to declare invalid a law or a regulation that contravenes the Constitution. As the Supreme Court of Canada noted in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paragraph 48:

> … In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise. [My emphasis.]

[85] La signification d'un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à ceux des provinces est obligatoire (paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*). Non seulement le procureur général a le droit de présenter une preuve et des observations à l'égard de la question constitutionnelle en litige, mais une fois qu'il présente des observations, il est à toutes fins que de droit réputé partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle (paragraphes 57(4) et (5) de la *Loi sur les Cours fédérales*). L'article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, établit des prescriptions similaires. L'exigence d'un avis de question constitutionnelle se retrouve également dans plusieurs législations provinciales — bien que l'obligation de signification de l'avis, dans le cas où une disposition fédérale est en cause, soit limitée au procureur général du Canada et au procureur général de la province en question (par exemple, au Québec, voir les nouveaux articles 76 et 77 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, ch. C-25.01 (CPC), anciennement l'article 95).

[86] L'avis statutaire de question constitutionnelle donne licence aux cours de justice — dont les juges bénéficient d'une garantie d'indépendance (par opposition aux tribunaux administratifs) — de prononcer l'invalidité d'une loi ou d'un règlement incompatible avec la Constitution. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au paragraphe 48 :

> […] Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant la Cour suprême du Canada, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel. [Je souligne.]

[87] Furthermore, the Supreme Court of Canada has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of a constitutional issue when proper notice of a constitutional question has been given at the appeal stage, even though the issue was not properly raised in the courts below (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3). Since January 1, 2017, the new rule 33 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, provides that in the case of an appeal that raises an issue in respect of the constitutional validity or applicability of a statute, regulation or common law rule, or the inoperability of a statute or regulation, a notice of constitutional question shall be filed.

[88] Accordingly, the Parliament of Canada clearly intended to allow the Federal Courts to grant binding declaratory relief in constitutional matters. Otherwise, section 57 of the *Federal Courts Act* would no longer have any practical utility, and the notice of constitutional question required by Parliament to allow the Attorney General to support the validity of the impugned provision and adduce evidence would be supererogatory.

V. Federal Court's discretion to grant declaratory relief with respect to a constitutional and administrative issue

[89] Secondly, I am satisfied in this case that this Court should exercise its discretion to grant declaratory relief with respect to the constitutional validity, applicability or operability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA, and with respect to the extent of the Board's obligations under the principles of fundamental justice and/or administrative law.

A. *General principles*

[90] Whether this Court should exercise its discretion to grant reparation—including declaratory relief—will depend in particular on its assessment of the respective roles of the courts and administrative bodies, the

[87] Au demeurant, la Cour suprême du Canada possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d'examiner une question constitutionnelle au fond lorsque l'avis statutaire requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n'a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3). D'ailleurs, depuis le 1er janvier 2017, la nouvelle règle 33 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, prévoit que dans le cas où l'appel soulève une question quant à la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi, d'un règlement ou d'une règle de common law ou une question quant au caractère inopérant d'une loi ou d'un règlement, un avis de question constitutionnelle est requis en l'espèce.

[88] En conséquence, l'intention du Parlement du Canada est clairement de permettre aux Cours fédérales de rendre des jugements déclaratoires contraignants en matière constitutionnelle. Autrement, l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'aurait plus aucune utilité pratique et l'avis de question constitutionnelle exigé par le législateur pour permettre au procureur général de soutenir la validité de la disposition attaquée et de soumettre des preuves serait superfétatoire.

V. Discrétion de la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire en matière constitutionnelle et administrative

[89] En second lieu, je suis satisfait en l'espèce que la présente Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement déclaratoire concernant la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC, ainsi que sur la portée des obligations incombant à la Commission en vertu des principes de justice fondamentale et/ou du droit administratif.

A. *Principes généraux*

[90] La question de savoir si la présente Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation — incluant un jugement déclaratoire — dépendra notamment de son appréciation des rôles

circumstances of each case and whether there is an adequate alternative (*Strickland*, at paragraphs 37–45; *Khosa*, at paragraphs 36–40; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at page 575; and *Solosky*, at pages 830–831; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 90, 92–93 and 96; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 77–80).

[91] It is inherent in a federal system such as that established under the *Constitution Act, 1867*, that the courts will be the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries. Both duties of course fall upon the courts when acting within their own proper jurisdiction. (*Northern Telecom*, at paragraph 12 [pages 741–742]). Furthermore, no one questions that section 18 of the *Federal Courts Act* does not withdraw the authority of the provincial superior courts to grant the traditional administrative law remedies against federal boards, commissions and tribunals on division of powers grounds (*Strickland*, at paragraph 64; *Paul L'Anglais*, at pages 152–163), nor the residual power they possess in matters of *habeas corpus*.

[92] It is worthwhile noting that in 1875, the Supreme Court itself had "concurrent jurisdiction with the Courts or Judges of the several Provinces, to issue the writ of Habeas Corpus *ad subjiciendum*, for the purpose of an enquiry into the cause of commitment, in any criminal case under any Act of the Parliament of Canada, or in any case of demand for extradition" (section 51 of the *Supreme and Exchequer Court Act*). But because Parliament in 1970 omitted to mention *habeas corpus* in subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*—even if it explicitly stipulated in subsection 18(2), that a writ of *habeas corpus* can be issued in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada—we can nevertheless ask ourselves whether this Court should today refuse to rule on the constitutional question given

respectifs des cours de justice et des organismes administratifs, des circonstances de chaque cas et de l'existence d'une solution de rechange adéquate (*Strickland*, aux paragraphes 37–45; *Khosa*, aux paragraphes 36–40; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la page 575; et *Solosky*, aux pages 830–831; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 90, 92–93 et 96; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 77–80).

[91] Or, il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui que crée la *Loi constitutionnelle de 1867*, que les tribunaux soient, dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent, cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences respectives (*Northern Telecom*, au paragraphe 12 [pages 741–742]). Du reste, personne ne met en doute le fait que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'a pas retiré au cours supérieures provinciales le pouvoir d'octroyer les réparations traditionnelles relevant du droit administratif à l'encontre des offices fédéraux pour des motifs liés au partage des compétences (*Strickland*, au paragraphe 64; *Paul L'Anglais*, aux pages 152–163), ni le pouvoir résiduaire qu'elles possèdent en matière d'*habeas corpus*.

[92] Il est intéressant de noter qu'en 1875, la Cour suprême elle-même avait « une juridiction concurrente avec les cours ou juges des différences provinces pour l'émission de brefs *d'habeas corpus ad subjiciendum*, pour s'enquérir des causes d'incarcération, dans toute cause criminelle sous l'opération d'un acte du Parlement du Canada, ou dans tout cas de demande d'extradition » (article 51 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*). Mais puisque le Parlement en 1970 a omis de mentionner l'*habeas corpus* au paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* — même s'il a prévu explicitement au paragraphe 18(2), qu'un bref d'*habeas corpus* peut être émis à l'égard d'un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger — on peut néanmoins se demander si la présente Cour devrait aujourd'hui

the particular expertise that provincial superior courts may possess in matters of *habeas corpus* (*Strickland*, at paragraph 40; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394).

[93] The Supreme Court of Canada already noted in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613 (*Miller*), at page 624, that Parliament had intended to leave "the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts." Considering Parliament's intention and the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, it concluded that provincial superior courts had jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to determine the validity of an incarceration. In *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809 (*May*), the Court reaffirmed this principle, which it did again just recently in *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*).

[94] Since the reasonableness of the decision to detain a person should be regarded as an element of its lawfulness, the provincial superior court may consider the reasonableness of a detention in an application for *habeas corpus*—even if in fact, but not in form, it examines the legality of the conduct and the orders of the federal board from the standpoint of administrative law (*Khela*, at paragraph 65). Also, where the offender has chosen to apply for a writ of *habeas corpus*, he may also apply to a provincial superior court for a ruling on the constitutionality of the legislative provisions at issue (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143 (*Cunningham*)). Following the same logic, the Federal Court will be able to do the same when the offender chooses to apply for judicial review of an action of the Service or a final decision of the Board. A conclusion is once again necessary: no court can claim to be in a better position than the other to rule on the question of the constitutional validity of a provision of the CCRA.

refuser de trancher la question constitutionnelle compte tenu de l'expertise particulière que les cours supérieures provinciales peuvent posséder en matière d'*habeas corpus* (*Strickland*, au paragraphe 40; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394).

[93] La Cour suprême du Canada a déjà signalé, dans l'arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613 (*Miller*), à la page 624, que le Parlement avait l'intention de laisser aux cours supérieures provinciales « la compétence en matière d'*habeas corpus* pour vérifier la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales ». Compte tenu de cette intention du législateur et de l'importance du *certiorari* auxiliaire pour l'efficacité de l'*habeas corpus*, elle a conclu que les cours supérieures provinciales avaient compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* en vue d'apprécier la validité d'une incarcération. Dans l'arrêt *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809 (*May*), la Cour a réaffirmé ce principe, ce qu'elle a fait une fois de plus tout récemment dans l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*).

[94] Puisque le caractère raisonnable de la décision de détenir une personne devrait être considéré comme un élément de sa légalité, la cour supérieure provinciale peut examiner le caractère raisonnable d'une détention dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* — même si, dans les faits, mais non dans la forme, elle examine sous l'angle du droit administratif la légalité de la conduite et des ordonnances de l'office fédéral (*Khela*, au paragraphe 65). De plus, lorsque le délinquant a choisi de s'adresser par voie de demande pour l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, il pourra accessoirement demander à une cour supérieure provinciale de statuer du même coup sur la constitutionnalité des dispositions législatives en cause (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143 (*Cunningham*)). Suivant la même logique, la Cour fédérale pourra en faire de même lorsque le délinquant aura choisi de demander la révision judiciaire d'une action du Service ou d'une décision finale de la Commission. Une conclusion s'im-

pose derechef : nulle cour ne peut prétendre être mieux placée que l'autre pour statuer sur la question de validité constitutionnelle d'une disposition de la LSCMLC.

B. *The appropriate remedial option belongs to the offender*

[95] Given their vulnerability and the realities of confinement in prisons, offenders must, despite concerns about conflicting jurisdiction, have the ability to choose between the forums and remedies available to them (*May*, at paragraphs 66–67; *Khela*, at paragraph 44). As the Supreme Court of Canada very succinctly put it in *May*, "[t]he [remedial] option belongs to the applicant" (at paragraph 44).

[96] Subject to the possible application of the doctrine of issue estoppel, there is, in principle, nothing that prevents an offender who is subject to an LTSO from concurrently addressing a provincial superior court and the Federal Court, first, to apply for a writ of *habeas corpus* to have the lawfulness of his detention reviewed as a result of a change in an LTSO (*Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII)), and second, to file an application for judicial review before the Federal Court to challenge the merits of a Board decision restricting his residual liberty as a result of a further review of the conditions of the LTSO (*Laferrière FC*). Of course, the same flexibility also applies to cases of suspension of an LTSO by the Service and post-suspension review by the Board under section 135.1 of the CCRA.

[97] Preferring not to apply to the Superior Court of Québec for a writ of *habeas corpus* during the period when he was returned to a penitentiary following the suspension of the LTSO, the applicant addressed the Federal Court to have the Court quash the Board's final decision and make a declaration of invalidity.

B. *Le choix du recours approprié appartient au délinquant*

[95] En raison de leur vulnérabilité et des réalités de l'emprisonnement, les délinquants doivent pouvoir choisir le tribunal auquel ils veulent s'adresser et le recours dont ils veulent se prévaloir parmi ceux qui leur sont offerts, malgré les craintes de conflits de compétence (*May*, aux paragraphes 66–67; *Khela*, au paragraphe 44). Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a très succinctement énoncé dans l'arrêt *May*, « [l]e choix [du recours] appartient au demandeur » (au paragraphe 44).

[96] Sous réserve de l'application possible de la doctrine de la préclusion (*issue estoppel*), rien ne s'oppose en principe à ce qu'un délinquant visé par une OSLD s'adresse, de manière concurrente, à une cour supérieure provinciale et à la Cour fédérale, tantôt pour requérir l'émission d'un bref d'*habeas corpus* pour faire examiner la légalité de sa détention à la suite de la modification d'une OSLD (*Laferrière c. Centre correctionnel communautaire Marcel-Caron*, 2010 QCCS 1677 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCS 4228 (CanLII); *Laferrière c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*, 2013 QCCA 1081 (CanLII)), tantôt par le biais d'une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale pour contester le mérite d'une décision de la Commission restreignant sa liberté résiduelle à la suite d'un nouvel examen des conditions de l'OSLD (*Laferrière CF*). Évidemment, la même souplesse vaut également pour les cas de suspension par le Service d'une OSLD et d'examen post-suspension par la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC.

[97] Préférant ne pas demander l'émission d'un bref d'*habeas corpus* à la Cour supérieure du Québec durant la période où il était réincarcéré dans un pénitencier à la suite de la suspension de l'OSLD, le demandeur s'est donc adressé à la Cour fédérale pour requérir l'annulation de la décision finale de la Commission, ainsi qu'un jugement déclaratoire d'invalidité.

[98] In this case, the applicant is criticizing the time limits of the current LTSO post-suspension review procedure, which means that the offender cannot, in practice, have a decision to suspend an LTSO quashed when the case is referred to him by the Service. The Service has 30 days from the suspension of the LTSO to submit its assessment to the Board and forward the content to the offender through a Procedural Safeguard Declaration (subsection 135.1(5) of the CCRA). In accordance with the *Decision-Making Policy Manual for Board Members* (Manual), the Board's review will not be completed until at least 15 days from the date on which the Procedural Safeguard Declaration is signed in order to allow the offender or his assistant to make written submissions. The Manual also states that the Board's review of the case will occur as soon as practicable, and within 60 days of the return to custody. Although subsection 135.1(2) of the CCRA limits the reincarceration of an offender to 90 days, the offender's counsel submits that the statutory time limit is almost always reached through the applicable procedures, insofar as the case proceeds to the Board review stage. However, during this 90-day period, the applicant is subject to an order restricting his residual liberty without being guaranteed an in-person hearing, because in-person hearings are held at the Board's discretion.

[98] En l'espèce, le demandeur critique les délais de la procédure actuelle d'examen post-suspension d'une OSLD et qui font que le délinquant ne peut, en pratique, obtenir l'annulation d'une décision suspendant une OSLD lorsque le dossier lui est référé par le Service. En effet, le Service a 30 jours à partir de la suspension de l'OSLD pour présenter son évaluation à la Commission et en communiquer le contenu au délinquant par le biais de la Déclaration sur les garanties procédurales (paragraphe 135.1(5) de la LSCMLC). Conformément au *Manuel des politiques décisionnelles à l'intention des commissaires* (Manuel), la Commission ne peut effectuer d'examen du dossier, avant l'expiration d'un délai de 15 jours depuis la date de la signature de la Déclaration sur les garanties procédurales, afin de permettre au délinquant ou son assistant de présenter des observations écrites. Toujours selon le Manuel, la Commission doit examiner le dossier du délinquant le plus tôt possible, et dans les 60 jours qui suivent la réincarcération. Or, bien que le paragraphe 135.1(2) de la LSCMLC limite la réincarcération d'un délinquant à un maximum de 90 jours, la procureure du demandeur soumet que le délai statutaire est presque toujours atteint par le truchement des procédures applicables, et ce, dans la mesure où le dossier se rend au stade de l'examen devant la Commission. Toutefois, pendant cette période de 90 jours, le demandeur est soumis à une ordonnance restreignant sa liberté résiduaire, et ce, sans qu'il ait la garantie d'être entendu en personne — la Commission disposant du pouvoir discrétionnaire de tenir ou non une audience en personne.

[99] The respondent does not really dispute the time limits at issue or the fact that it may be difficult in practice to obtain a final decision—within 90 days of the suspension of the LTSO. Because of these very short time limits, it is practically impossible for the applicant to apply to the Superior Court of Quebec for a writ of *habeas corpus*, especially since the Court will not have time and will not be in a better position than the Federal Court to make a declaration of unconstitutionality. In practice, a long-term offender who has been returned to custody will return to the community after 90 days, unless the offender has been charged, and a provincial judge has meanwhile ordered the offender's detention

[99] Le défendeur ne conteste pas vraiment les délais en cause, ni le fait qu'il peut s'avérer difficile en pratique d'obtenir un jugement final — dans un délai de 90 jours suivant la suspension de l'OSLD. À cause de ces très courts délais, il est pratiquement impossible pour le demandeur de s'adresser à la Cour supérieure du Québec pour obtenir l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, d'autant plus que cette dernière n'aura pas le temps et ne sera pas mieux placée que la Cour fédérale pour rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. En pratique, le délinquant à contrôler qui a été réincarcéré retournera dans la collectivité après 90 jours, à moins qu'il ait été accusé au criminel et qu'un juge

pending trial or refused to release the offender on bail. The fact that the offender is in preventive detention following the filing of a criminal charge for the offence set out in section 753.3 of the *Criminal Code*, is, however, extrinsic to the Board's decision under section 135.1 of the CCRA. The Attorney General is not bound by a Board recommendation.

C. *The conditions for having a full debate and deciding on the questions of administrative and constitutional law have been met in this case*

[100] According to case law, this Court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it (*Khadr*, at paragraph 46). All of these criteria have been met in this case.

[101] First, the lawfulness of the actions of the Service or of the Board's decisions can be reviewed by this Court at first instance under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. This of course includes the question of whether the enabling legislative or regulatory provisions pursuant to which they initiated an action or made a decision are consistent with the Constitution.

[102] Second, the constitutional question raised by the applicant is unprecedented and is not currently being argued before another tribunal. This is not a theoretical question, whereas the constitutionality of the statutory provision—subsection 140(2) of the CCRA—continues to cause problems between the parties.

[103] Third, because the offender is subject to an LTSO, the applicant has a genuine interest in having the Court determine the constitutionality of subsections 140(1) and (2) of the CCRA when the Board conducts a post suspension review pursuant to section 135.1 of the CCRA.

provincial n'ait entretemps ordonné sa détention préventive ou ait refusé de le libérer sous caution. Le fait que le délinquant soit en détention préventive, à la suite du dépôt d'une accusation criminelle lui imputant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, est toutefois un élément extrinsèque à la décision rendue par la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. En effet, le procureur général n'est pas lié par une recommandation de la Commission.

C. *Les conditions pour avoir un débat complet et décider des questions de droit administratif et constitutionnel sont remplies dans le présent dossier*

[100] Selon la jurisprudence, cette Cour peut prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où elle a compétence sur l'objet du litige, où la question dont elle est saisie est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever (*Khadr*, au paragraphe 46). Tous ces critères sont rencontrés dans le présent dossier.

[101] Premièrement, la légalité des actions du Service ou des décisions de la Commission peut être examinée par la présente Cour, en première instance, en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* — ce qui inclut bien entendu la question de savoir si les dispositions législatives ou réglementaires habilitantes en vertu desquelles ils posent une action ou prennent une décision sont conformes à la Constitution.

[102] Deuxièmement, la question constitutionnelle que soulève le demandeur est inédite et n'est actuellement pas débattue devant un autre tribunal. C'est une question qui n'est pas théorique, alors que la constitutionnalité de la disposition législative — le paragraphe 140(2) de la LSCMLC — continue de poser problème entre les parties.

[103] Troisièmement, s'agissant d'un délinquant visé par une OSLD, le demandeur a un intérêt réel à faire déterminer aujourd'hui la constitutionnalité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC lorsque la Commission procède à un examen post-suspension en

Also, the declaratory relief sought in this case by the applicant will have immediate practical effect and will apply at once because the Board will have to comply with the ruling. In this case, the Board's position has been forcefully argued by the Attorney General of Canada who is a party to the proceeding.

D. *Binding effect of a declaration of constitutional invalidity or inoperability*

[104] I say this as an aside, but upon closer examination, the *obiter dictum* in paragraphs 70 and 71 of *Windsor SCC* also seemed to question the binding character, both at the horizontal and interjurisdictional level, of a constitutional declaration, whatever it may be. If this applies to parties involved in private law litigation, where interests are necessarily limited, the question may nonetheless arise in a public law dispute where the respondent is the Government itself represented by the Attorney General. There is the doctrine of *stare decisis*, but there is also the authority of *res judicata* between both parties. Given that this Court has jurisdiction in this matter and for the other reasons outlined above, I am of the view that it is not necessary to use my discretion and refer the matter to the Superior Court of Québec.

[105] The questions asked in *Windsor SCC* reflected some comments in *Strickland*, which was decided a year earlier. In *Strickland*, the appellants brought an application for judicial review in the Federal Court seeking a declaration that the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 were unlawful as they were not authorized by subsection 26.1(2) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3. In exercising her discretion, the judge at first instance had refused to hear the issue on its merits: in matters of family law, the provincial superior courts were better placed than the Federal Court to decide whether the federal guidelines contravened the *Divorce Act*. In the final analysis, the Supreme Court rejected the appellant's position that the alternative remedy of litigation in the provincial superior courts was inefficient and would give rise to multiple proceedings.

vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. De plus, le jugement déclaratoire recherché en l'espèce par le demandeur aura un effet pratique immédiat et sera applicable sur-le-champ, puisque la Commission devra s'y conformer. En l'espèce, la position prise par la Commission est bien défendue par le procureur général du Canada qui est partie à l'instance.

D. *Effet contraignant d'une déclaration d'invalidité ou d'inopérabilité constitutionnelle*

[104] Je le dis en à côté, mais lorsqu'on y regarde de plus près, l'*obiter dictum* que l'on retrouve aux paragraphes 70 et 71 de l'arrêt *Windsor CSC* semble également questionner le caractère contraignant, tant à un niveau horizontal qu'interjuridictionnel d'un jugement déclaratoire, quel qu'il soit. Si cela vaut pour des parties impliquées dans un litige de droit privé, où les intérêts sont nécessairement limités, on peut se poser néanmoins la question lorsqu'il s'agit d'un litige de droit public où le défendeur est l'État lui-même représenté par le procureur général. Il y a l'autorité du précédent (*stare decisis*), mais il y a également l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) entre les deux parties. Considérant que la présente Cour a compétence en la matière et pour les autres raisons indiquées plus haut, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'user de ma discrétion et de déférer la question à la Cour Supérieure du Québec.

[105] Le questionnement dans l'arrêt *Windsor CSC* fait d'ailleurs écho à certains commentaires dans l'arrêt *Strickland*, décidé un an plus tôt. Dans l'arrêt *Strickland*, les appelants avaient présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclarant que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant*, DORS/97-175, étaient illégales, car elles n'étaient pas autorisées par le paragraphe 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2e suppl), ch. 3. Dans l'exercice de sa discrétion, la juge de première instance avait refusé d'examiner la question au mérite : les cours supérieures provinciales étaient mieux placées que la Cour fédérale pour décider, à l'occasion d'un litige de droit familial, si les directives fédérales étaient contraires à la *Loi sur le divorce*. En dernière analyse, la Cour suprême a rejeté la thèse des appelants voulant que le

[106] But beyond a number of practical considerations that are not relevant in this case, Cromwell J. noted in paragraph 53:

> The appellants' position overlooks the fact that a ruling of the Federal Court on this issue would not be binding on any provincial superior court. Thus, regardless of what the Federal Court might decide, before the ruling could have any practical effect, the issue would have to be re-litigated in the superior courts, or, alternatively, litigated up to this Court. Even if there were a binding ruling that the *Guidelines* were unlawful, a proliferation of litigation would be inevitable. It would be for the provincial courts to decide the impact of the illegality of the *Guidelines* on particular support orders and that could only be done in the context of a multitude of individual cases. [My emphasis.]

[107] A cogent argument would have to answer the following question, if the roles were reversed and the same constitutional issue were decided by a provincial superior court: to what extent would a declaration of invalidity by a superior court (or provincial court of appeal) legally bind other provincial and statutory courts, including the Federal Court and the Federal Court of Appeal? To ask the question is to answer it. The answer is "no" if we consider the question from the standpoint of the doctrine of *stare decisis*. But this does not necessarily mean that the persuasive character of a ruling rendered in another jurisdiction will be set aside pursuant to the rules of judicial comity (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2015) (Lange), at pages 499–500, referring to *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278, at paragraphs 14–17, citing *Morguard Investment Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18 (Ch. D.)).

[108] If we now consider the verticality of the doctrine of *stare decisis*, in a unitary state, everyone knows his rank—as in a chain of command. Because, overall, while the doctrine of *stare decisis* provides some legal

recours subsidiaire consistant à s'adresser aux cours supérieures provinciales était inefficace et donnerait lieu à de multiples instances.

[106] Mais au-delà d'un certain nombre de considération pratiques qui ne sont pas pertinentes dans le présent dossier, le juge Cromwell note au paragraphe 53 :

> La thèse des appelants néglige le fait qu'aucune cour supérieure provinciale ne serait liée par une décision de la Cour fédérale sur cette question. Ainsi, peu importe la décision que pourrait rendre la Cour fédérale, la question devrait être soumise à nouveau aux cours supérieures avant que cette décision puisse avoir quelque effet pratique ou elle pourrait aussi aboutir à notre Cour. Même si la décision suivant laquelle les *Lignes directrices* sont illégales était contraignante, il y aurait inévitablement prolifération des instances. Il appartiendrait aux cours provinciales de décider de l'incidence que l'illégalité des *Lignes directrices* aurait sur certaines ordonnances alimentaires et elles ne pourraient le faire que dans le contexte d'une multitude d'affaires individuelles. [Je souligne.]

[107] Cohérence argumentaire oblige, si l'on inverse les rôles et que la même question constitutionnelle est décidée par une cour supérieure provinciale : dans quelle mesure une déclaration d'invalidité émanant d'une cour supérieure (ou d'une cour d'appel provinciale) peut-elle légalement lier les autres cours provinciales et statutaires, incluant la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale? Poser la question, c'est y répondre. La réponse c'est « non » si l'on envisage la question du point de vue de la doctrine du *stare decisis*. Mais ceci ne veut pas dire pour autant que le caractère persuasif du jugement d'une autre juridiction sera écarté suivant les règles de la courtoisie judiciaire (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2015) (Lange), aux pages 499–500, référant à l'arrêt *Fording Coal Ltd. v. Vancouver Port Authority*, 2006 BCCA 204, 53 B.C.L.R. (4th) 278, aux paragraphes 14–17, citant *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Toronto Auer Light Co. v. Colling* (1899), 31 O.R. 18 (Ch.D.)).

[108] Si l'on envisage maintenant l'autorité du précédent dans sa verticalité, dans un état unitaire, chacun connaît son rang — comme dans une chaîne de commandement. Car, à tout prendre, si la doctrine du *stare*

certainty while permitting the orderly development of the law in incremental steps (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paragraph 44, citing *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 42)—it is more difficult to apply in the Canadian federation because of the limits of the jurisdictional or territorial competence of the Canadian courts. This is why we need a supreme court. But from a horizontal standpoint, as the Supreme Court of Canada pointed out in *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107, at page 109: "A provincial appellate court is not obliged, as a matter either of law or of practice, to follow a decision of the appellate court of another province unless it is persuaded that it should do so on its merits or for other independent reasons" (my emphasis). These comments were echoed after the Charter came into force in 1982 by the Court of Appeal of British Columbia in a criminal case where the accused based his appeal on a declaration of invalidity of a provision of the *Criminal Code* made by the Court of Appeal for Ontario (*R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319, at paragraph 5). Similarly, it can be said that the Federal Court or the Federal Court of Appeal is not bound by the declaration of invalidity of provincial courts of appeal unless it is satisfied that it must follow that decision on the basis of its intrinsic value or other independent reasons.

decisis confère un certain caractère de certitude juridique — tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, au paragraphe 44, citant *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 42) —, celle-ci s'applique plus difficilement dans la fédération canadienne à cause des limites de la compétence juridictionnelle ou territoriale des tribunaux canadiens. C'est pourquoi il faut une cour suprême. Mais d'un point de vue horizontal comme le soulignait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107, à la page 109 : « Une cour d'appel provinciale n'est pas obligée, ni en droit ni en pratique, de suivre une décision de la cour d'appel d'une autre province, sauf si elle est persuadée qu'elle doit le faire d'après sa valeur intrinsèque ou pour d'autres raisons indépendantes » (je souligne). Ces commentaires ont été repris après l'entrée en vigueur de la Charte en 1982 par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans une affaire criminelle où l'accusé fondait son appel sur la déclaration d'invalidité d'une disposition du *Code criminel* rendue par la Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Pete*, 1998 CanLII 6016, 104 B.C.A.C. 319, au paragraphe 5). De la même façon, on peut dire que la Cour fédérale ou la Cour fédérale d'appel ne sont pas liées par la déclaration d'invalidité des cours d'appel provinciales, sauf si elle est persuadée qu'elle doit le faire d'après sa valeur intrinsèque ou pour d'autres raisons indépendantes.

[109] Ultimately, the (provincial or statutory) superior courts and the (provincial or statutory) intermediate courts do not have the final word with respect to the evolution of Canadian law (common law or civil law). The Supreme Court of Canada does. Regarding this point, as the Supreme Court pointed out in *Reference re Supreme Court*, at paragraph 85: "Drawing on the expertise of its judges from Canada's two legal traditions, the Court ensured that the common law and the civil law would evolve side by side, while each maintained its distinctive character. The Court thus became central to the functioning of legal systems within each province and, more broadly, to the development of a unified and coherent Canadian legal system." But as the Supreme Court itself explained, the role of the Court of

[109] En fin de compte, pour ce qui est de l'évolution du droit canadien (common law ou droit civil), le mot final n'appartient ni aux cours supérieures (provinciales ou statutaires), ni aux cours d'appel intermédiaires (provinciales ou statutaires), mais à la Cour suprême du Canada. À ce chapitre, comme le souligne la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, au paragraphe 85 : « Grâce à l'expertise de ses juges issus des deux traditions juridiques du Canada, la Cour a veillé à ce que la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif. La Cour est ainsi devenue essentielle au fonctionnement des systèmes juridiques dans chaque province et, plus généralement, au développement d'un système juridique canadien cohérent et unifié ». Mais comme la Cour

Canada was further enhanced as the 20th century unfolded following the abolition in 1975 of appeals as of right to the Court in civil cases (paragraph 86).

[110] But getting back to the present, we are not discussing the evolution of common law or civil law in this case. From a strictly practical point of view, what is essential in an administrative and constitutional matter such as the one before us is that the declaration of invalidity sought by a party can bind the Attorney General of Canada once the Federal Court decision has become final and all appeal mechanisms have been exhausted. In particular, this applicant is complaining about a breach of the Charter. As section 32 of the Charter dictates, the Charter applies to governments and legislatures: "Its purpose is to provide a measure of protection from the coercive power of the state and a mechanism of review to persons who find themselves unjustly burdened or affected by the actions of government" (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3 [at page 90]). Under subsection 24(1) of the Charter, in the event of a violation of section 7 of the Charter, the Federal Court also has jurisdiction to order appropriate remedies with regard to the review of the lawfulness of any decision made by the government or a federal board (*Singh*, at paragraphs 75–78 [pages 221–222]; *Operation Dismantle*, at paragraphs 28 and 69 [pages 450 and 474]; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at paragraph 34 [pages 598–599]).

[111] We should also revisit the concept of *lis inter partes*, which is essential to the application of *res judicata*, or even issue estoppel or abuse of process, since disputes must eventually come to an end. The Attorney General of Canada is party to this case. Pursuant to subsection 2(2) of the *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, the Minister is *ex officio* Her Majesty's Attorney General of Canada, in that the Minister holds office during pleasure and has the management and direction of the Department. Furthermore, section 4 stipulates that the Minister is the official legal adviser of the Governor General and the legal member of the Queen's

suprême l'explique elle-même, dans la dernière partie du 20e siècle, le rôle de la Cour a encore évolué suite à l'abolition en 1975 des appels de plein de droit en matière civile (paragraphe 86).

[110] Mais situons nous dans le présent encore une fois. On ne parle pas ici de l'évolution de la common law ou du droit civil. D'un point de vue strictement pratique, ce qui est primordial dans un dossier de nature administrative et constitutionnelle comme celui d'aujourd'hui, c'est que le jugement déclaratoire d'invalidité que recherche une partie puisse lier le procureur général du Canada, et ce, une fois que le jugement de la Cour fédérale sera devenu final et que tous les mécanismes d'appel auront été épuisés. En particulier, le présent demandeur reproche un manquement à la Charte. Or, comme l'édicte l'article 32 de la Charte, celle-ci s'applique aux gouvernements et aux législatures : « Son objet est d'offrir un moyen de protection contre le pouvoir coercitif de l'État ainsi qu'un mécanisme d'examen aux personnes qui s'estiment injustement accablées ou lésées par les actes du gouvernement » (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 [à la page 90]). D'autre part, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, en cas de violation à l'article 7 de la Charte, la Cour fédérale a également compétence pour ordonner les réparations convenables à l'occasion de l'examen de la légalité de toute décision du gouvernement ou d'un office fédéral (*Singh*, aux paragraphes 75–78 [pages 221–222]; *Operation Dismantle*, aux paragraphes 28 et 69 [pages 450 et 474]; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, au paragraphe 34 [pages 598–599]).

[111] Aussi, revenons à la notion de *lis inter partes*, qui est essentielle à l'application de la chose jugée (*res judicata*), voire à la préclusion (*issue estoppel*) ou à l'abus de procédure, car les litiges doivent avoir une fin un jour. Le procureur général du Canada est partie au présent dossier. Selon le paragraphe 2(2) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, le ministre de la Justice est d'office procureur général de Sa Majesté au Canada, en ce qu'il occupe sa charge à titre amovible et assure la direction et la gestion du ministère. De surcroît, l'article 4 prévoit que le ministre de la Justice est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le jurisconsulte du

Privy Council for Canada and shall see that the administration of public affairs is in accordance with law and advise on the legislative Acts. Under subsection 4.1(1), the Minister shall examine whether the Bills and regulations are inconsistent with the purposes and provisions of the Charter. Finally, paragraph 5(1)(d) dictates that the Attorney General of Canada shall have the regulation and conduct of all litigation for or against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada. There is really nothing new in this legislative expression. The Attorney General of Canada and the Attorneys General of the provinces, collectively, are the descendants of the Attorney General of England (section 135 of the *Constitution Act, 1867*). An important aspect of the Attorney General of England's traditional constitutional role is to protect the public interest in the administration of justice. However, in Canada, the Attorney General is charged with duties that go beyond the management of prosecutions. Unlike England, the Attorney General is also the Minister of Justice and is generally responsible for drafting the legislation tabled by the government of the day (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paragraphs 24–27; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, at paragraphs 34–36— [application for leave to appeal to the] Supreme Court denied [2007] 3 S.C.R. x). This is another notable aspect of the constitutional evolution of Canadian institutions.

Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada, notamment en veillant au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques et donne son avis sur les mesures législatives. D'ailleurs, selon le paragraphe 4.1(1), le ministre de la Justice est chargé de vérifier si les projets de loi et de textes règlementaires sont incompatibles avec les fins et dispositions de la Charte. Enfin, l'alinéa 5(1)d) dicte que le procureur général du Canada est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale. Il n'y a vraiment rien de nouveau dans cette expression législative. En effet, le procureur général du Canada et les procureurs généraux des provinces, collectivement, sont les descendants du procureur général d'Angleterre (article 135 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Or, un aspect important du rôle constitutionnel traditionnel du procureur général d'Angleterre consiste à protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice. Cependant, au Canada, les fonctions du procureur général vont au-delà de la gestion des poursuites. Contrairement à la situation en Angleterre, le procureur général est également ministre de la Justice et est généralement responsable de la rédaction des lois déposées par le gouvernement de l'heure (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux paragraphes 24–27; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, aux paragraphes 34–36 — [demande d'autorisation d'] appel à la Cour suprême rejeté [2007] 3 R.C.S. x). C'est un autre aspect notable de l'évolution constitutionnelle des institutions canadiennes.

[112] It is safe to say that in constitutional cases, the effect of declarations of inoperability made by a court of law pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* is not trivial (Sarna, at pages 151–153). It goes without saying that the issue of whether such a declaration should be suspended—in order not to create a legislative vacuum—is a consideration in the public interest which may be studied by the trial Judge after having heard the representations of the parties, including of course, those of the Attorney General. Eventually, depending on whether a judicial declaration has been made at first instance, a party may appeal to an intermediate court of

[112] On peut le dire sans se tromper. Dans les dossiers constitutionnels, les déclarations d'inopérabilité prononcées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* par une cour de justice n'ont pas un effet anodin (Sarna, aux pages 151–153). Il va de soi que la question de la suspension ou non de telle déclaration — pour ne pas créer un vacuum législatif — est une considération d'intérêt public qui pourra être considérée par le juge de première instance après avoir entendu les représentations des parties, incluant bien entendu celles du procureur général. À terme, après qu'un jugement déclaratoire aura été ou non prononcé en première instance, une partie

appeal, and the constitutional question may ultimately be decided by the Supreme Court.

[113] Similarly, if the court of law considers, in exercising the remedial power set out in subsection 24(1) of the Charter — that a declaration, rather than a particular concrete remedy, is appropriate and just under the circumstances, it should not be assumed that such a judicial declaration will not have any meaningful effect from a practical standpoint. In *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139, the Supreme Court pointed out that judicial declarations are often made under section 23 of the Charter, the minority language education provision that guarantees minority language rights holders the right to have their children receive primary and secondary school instruction in English or French.

[114] At paragraph 65, Karakatsanis J. noted in this regard:

> That said, there is a tradition in Canada of state actors taking *Charter* declarations seriously: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 40–37. As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, "[t]he assumption underlying this choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully" (para. 62). Indeed, this represents one reason why courts often choose to issue declarations in the context of s. 23 (M. Doucet, "L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, at pp. 462–63). [My emphasis.]

[115] At the risk of repeating myself, the Attorney General of Canada was validly constituted as the respondent in this application for judicial review and judicial declaration—which alleges that subsections 140(1) and (2) of the CCRA are inconsistent with the constitutional right guaranteed in section 7 of the Charter. In this case, the Government of Canada will be bound by this Court's ruling, once the decision has become final and all appeal mechanisms have been exhausted. I am

pourra faire appel devant une cour d'appel intermédiaire, et la question constitutionnelle pourra être tranchée en dernier ressort par la Cour suprême.

[113] De la même manière, si la cour de justice estime, dans l'exercice du pouvoir de réparation prévu au paragraphe 24(1) de la Charte — qu'une déclaration, plutôt qu'une réparation concrète particulière, est convenable et juste eu égard aux circonstances, il ne faudrait pas penser que pareille déclaration judiciaire n'aura aucun effet utile d'un point de vue pratique. Dans l'arrêt *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139, la Cour suprême rappelle que des jugements déclaratoires sont souvent rendus dans le contexte de l'article 23 de la Charte, soit la disposition relative à l'instruction dans la langue de la minorité qui garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, en français ou en anglais.

[114] Au paragraphe 65, la juge Karakatsanis note à ce sujet :

> Cela dit, la tradition au Canada veut que les représentants de l'État prennent au sérieux les jugements déclaratoires fondés sur la *Charte* : voir, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 40-37. Comme l'a fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, « [e]n choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu » (par. 62). C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles les tribunaux choisissent souvent de rendre des jugements déclaratoires dans le contexte de l'art. 23 (M. Doucet, « L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 462-463). [Je souligne.]

[115] Au risque de me répéter, le procureur général du Canada a été validement constitué à titre de défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire — laquelle fait état d'une prétendue incompatibilité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC au droit constitutionnel garanti à l'article 7 de la Charte. En l'espèce, le gouvernement du Canada sera lié par le jugement de la présente Cour, une fois que celui-ci sera final et que les mécanismes d'appel

therefore satisfied that any declaratory relief in this case may have a meaningful effect. If a party is dissatisfied, it can still appeal to the Federal Court of Appeal or even to the Supreme Court.

[116] Consequently, it would not be in the best interests of justice to ask the applicant to have the Superior Court of Québec address this point in order to resolve the constitutional question now before the Federal Court. Considering the costs already incurred by the parties and that this Court is equally well placed to settle the question involving the CCRA, this is not a case where the Court should exercise its discretion to stay these proceedings pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*.

VI. Merits of the parties' arguments on the constitutional question

[117] It is now a matter of determining whether subsections 140(1) and (2) of the CCRA violate section 7 the Charter, which states that everyone has the "right to life, liberty and security of the person" and the right not to be deprived thereof except "in accordance with the principles of fundamental justice."

A. *Issue*

[118] To a large extent, the Charter argument and the administrative law argument meet without merging. On the one hand, if the statutory provisions at issue are inconsistent with section 7 and cannot be justified under section 1 of the Charter, the Court may provide declaratory relief under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. On the other hand, if the legislative discretion to hold a hearing is not in itself inconsistent with section 7 of the Charter, and it is rather the Board's use of this discretion that is problematic, the Court may prescribe a remedy that it considers appropriate and just, under subsection 24(1) of the Charter, which may include granting declaratory relief under section 18 of the *Federal Courts Act*.

auront été épuisés. Je suis donc satisfait que tout jugement déclaratoire dans ce dossier pourra avoir un effet utile. Si une partie est insatisfaite, elle pourra toujours faire appel devant la Cour d'appel fédérale, voire devant la Cour suprême.

[116] En conséquence, il serait contraire aux meilleurs intérêts de la justice que d'inviter le demandeur à s'adresser à ce point-ci à la Cour supérieure du Québec pour faire trancher la question constitutionnelle dont est aujourd'hui légalement saisie la Cour fédérale. Considérant les frais déjà engagés par les parties et que la présente Cour est tout aussi bien placée pour trancher la question au niveau de la LSCMLC, il ne s'agit pas d'un dossier où la Cour devrait utiliser sa discrétion pour suspendre la présente instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

VI. Mérite des arguments des parties concernant la question constitutionnelle

[117] Il s'agit maintenant de déterminer si les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC violent l'article 7 de la Charte, qui garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », et qui précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'« en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

A. *Problématique*

[118] Dans une large mesure, l'argument de la Charte et l'argument de droit administratif du demandeur se rejoignent, sans se confondre cependant. D'une part, si les dispositions législatives en cause sont incompatibles avec l'article 7 et ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la Charte, la Cour peut rendre un jugement déclaratoire, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'autre part, si la discrétion législative de tenir une audience n'est pas en soi contraire à l'article 7 de la Charte, et que c'est plutôt son exercice par la Commission qui est problématique, la Cour peut prescrire la réparation qu'elle estime convenable et juste, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, ce qui peut inclure une déclaration comme le permet l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[119] In general, the onus is on the applicant to prove two things: first, that he has suffered or may suffer prejudice to his right to life, liberty and security of person; and, second, that the breach violated or did not conform to the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under section 1, which provides that the rights guaranteed by the Charter are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 12).

B. *Positions of the parties*

[120] At the risk of repeating myself, here is a brief summary of the positions of the parties. The applicant argues that subsection 140 (2) of the CCRA, which gives the Board discretion to hold a hearing, must be declared invalid or inoperative in the case of long-term offenders subject to an LTSO. The respondent counters that the discretion granted under subsection 140(2) of the CCRA is not the problem. Rather, the problem lies with the Board's duty, derived from the principles of fundamental justice, to exercise that power in a manner consistent with section 7 of the Charter.

[121] As indicated above, the outcome of the dispute depends on the discretion to hold a hearing under subsection 140(2) of the CCRA. The constitutional argument was formally raised by the applicant before the Board, but the Board preferred not to address it in the contested decision. We should keep in mind here that in addition to the judgments rendered by the Superior Court of Québec and the Appeal Court of Quebec in *Canada (Procureur général) v. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII) (*Way CA*), confirming [*sub nom. Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*] 2014 QCCS 4193 (*Way Sup Ct*), counsel for the applicant cited in her written submissions of June 5, 2016, in support of her requisition for hearing before the Board, various decisions of the Supreme Court of Canada and the provincial superior or appellate courts (*Gamble* [cited above]; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and*

[119] De manière générale, le demandeur a le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; et, deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le demandeur réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la Charte ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 12).

B. *Position des parties*

[120] Au risque de me répéter, résumons succinctement la thèse des deux parties. Le demandeur soumet que le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, qui accorde discrétion à la Commission de tenir une audience, doit être déclaré invalide ou inopérant dans le cas des délinquants à contrôler soumis à une OSLD. Le défendeur rétorque que ce n'est pas l'existence de la discrétion prévue au paragraphe 140(2) de la LSCMLC qui pose problème, mais plutôt l'obligation de la Commission, découlant des principes de justice fondamentale, d'exercer ce pouvoir de manière compatible à l'article 7 de la Charte.

[121] Tel qu'indiqué précédemment, l'issue du litige repose sur la discrétion de tenir ou non une audience en vertu du paragraphe 140(2) de la LSCMLC. L'argument constitutionnel a été formellement soulevé par le demandeur devant la Commission, mais celle-ci a préféré ne pas en traiter dans la décision contestée. Rappelons ici qu'en plus des jugements rendus par la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Way*, 2015 QCCA 1576 (CanLII) (*Way CA*), confirmant [*sub nom. Way c. Commission des libérations conditionnelles du Canada*] 2014 QCCS 4193 (*Way CS*), la procureure du demandeur avait invoqué dans ses représentations écrites du 5 juin 2016, à l'appui de sa demande d'audience devant la Commission, divers arrêts de la Cour suprême du Canada et des cours supérieures ou d'appel provinciales (*Gamble* [précité]; *Baker c. Canada (Ministre de*

Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraphs 21–28; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII) (*Gatza*); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168 (*Bourdon*); *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.J.) (*Cadeddu*); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.) (*Swan*)), and a recent Federal Court decision (*Gallone*) which confirmed the right to an oral hearing in such a case. None of these decisions were considered by the Board in the decision under review.

[122] Relying on the case law cited above and the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal of Quebec in *Way*, the applicant argues that the same finding of invalidity or inoperability of subsections 140(1) and (2) of the CCRA is required in the case of long-term offenders whose LTSO has been suspended by the Service and whose case has been referred to the Board under section 135.1 of the CCRA. A hearing must be held, unless the offender waives this right in writing or fails to attend the hearing.

[123] The respondent counters these arguments by stating that the declaration of invalidity made in *Way* does not apply in this case, because the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal of Quebec does not support the applicant's arguments. The respondent notes that an in-person post-suspension hearing was never automatically granted by law to the offender whose LTSO was suspended under section 135.1 of the CCRA. Also, there are major differences between the suspension of an LTSO and the suspension, cancellation, termination or revocation of parole or statutory release by the Board.

[124] The applicant replies that the respondent's narrow interpretation of subsections 140(1) and (2) of the CCRA is inconsistent with the fundamental right to be heard, and submits that in all cases where an LTSO is

la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), aux paragraphes 21–28; *R. v. Gatza*, 2016 ABPC 37 (CanLII) (*Gatza*); *R. v. Bourdon*, 2012 ONCA 256 (CanLII), 110 O.R. (3d) 168 (*Bourdon*); *Regina v. Cadeddu; Regina v. Nunery* (1982), 40 O.R. (2d) 128 (H.C.J.) (*Cadeddu*); *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465, 160 C.C.C. (3d) 307; *R. v. Swan* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.) (*Swan*)), ainsi qu'une décision récente de la Cour fédérale (*Gallone*) venant confirmer, en pareil cas, le droit à une audience orale. Aucune de ces décisions n'a été considérée par la Commission dans la décision sous étude.

[122] S'appuyant sur la jurisprudence citée plus haut et reprenant à son compte le raisonnement de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Way*, le demandeur soumet que la même conclusion d'invalidité ou d'inopérabilité des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC s'impose dans le cas des délinquants à contrôler dont l'OSLD a été suspendue par le Service et dont le dossier a été référé à la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. Une audience doit être obligatoirement tenue, à moins que le délinquant renonce à ce droit par écrit ou fasse défaut de se présenter à l'audience.

[123] Le défendeur répond à ces arguments en précisant que la déclaration d'invalidité prononcée dans l'arrêt *Way* ne s'applique pas en l'espèce, tandis que le raisonnement de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec n'appuie pas les prétentions du demandeur. Le défendeur souligne que la tenue d'une audience post-suspension en personne n'a jamais été accordée automatiquement par la loi au délinquant dont l'OSLD est suspendue en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. De plus, il existe des différences majeures entre la suspension d'une OSLD, d'une part, et la suspension, l'annulation, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office par la Commission, d'autre part.

[124] Le demandeur réplique que la lecture restrictive que fait le défendeur des paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC va à l'encontre du droit fondamental d'être entendu, et soumet que, dans tous les cas de

suspended, the long-term offender's residual liberty is in fact restricted. Also, everything in the case law indicating that it is important that the prisoner be able to submit his own version of the facts to the Board suggests that any type of *ex parte* hearing is very suspect (*Swan*; *Cadeddu*; *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732 (B.C.S.C.).

C. *Legal framework governing long-term supervision orders*

[125] This has already been explained. Actions taken by the Service and decisions made by the Board with respect to supervision of long-term offenders fall within the authority of the Parliament of Canada. The applicable guidelines are found in the *Criminal Code* and the CCRA. An overview follows.

[126] First, section 753.1 of the *Criminal Code* allows a judge, at the time of sentencing, to declare a person a "long-term offender" (offender). At the expiration of the sentence, the offender is then subject to an LTSO for a period that does not exceed 10 years. It is important to note that the purpose of any such conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by making appropriate decisions as to the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens (section 100 of the CCRA).

[127] On the other hand, it is up to the Board to establish the specific conditions of the LTSO. These conditions remain valid for the period that the Board specifies (subsection 134.1(3) of the CCRA). This notwithstanding, the general conditions set out in subsection 161(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (Regulations), are applicable, with necessary modifications, to the offender supervised by an LTSO (subsection 134.1(1) of the CCRA).

suspension d'une OSLD, la liberté résiduaire du délinquant à contrôler est effectivement restreinte. De plus, tout ce qui a été dit dans la jurisprudence au sujet de l'importance pour le détenu de pouvoir présenter à la Commission sa propre version des faits rend très suspecte toute forme d'audience *ex parte* (*Swan*; *Cadeddu*; *Conroy and The Queen (Re)* (1983), 42 O.R. (2d) 342 (H.C.J.); *R. v. Lowe* (1983), 149 D.L.R. (3d) 732 (C.S.C.-B.).

C. *Cadre juridique régissant les ordonnances de surveillance de longue durée*

[125] Nous l'avons déjà expliqué. Les actions que peut poser le Service ou les décisions que peut rendre la Commission en matière de surveillance d'un délinquant à contrôler relèvent de la compétence du Parlement du Canada. Les règles applicables se retrouvent soit au *Code criminel*, soit dans la LSCMLC. En voici un aperçu général.

[126] En premier lieu, l'article 753.1 du *Code criminel* permet à un juge, lors de l'imposition d'une peine, de déclarer une personne « délinquant à contrôler » (délinquant). Le délinquant sera alors soumis à une OSLD ne pouvant excéder 10 ans suite à l'expiration de sa peine d'emprisonnement. Car, faut-il le rappeler, la mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois (article 100 de la LSCMLC).

[127] D'un autre côté, il incombe à la Commission de fixer les conditions particulières de l'OSLD. Les conditions imposées par la Commission sont valables pendant la période qu'elle fixe (paragraphe 134.1(3) de la LSCMLC). Cela dit, les conditions générales prévues par le paragraphe 161(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (Règlement), s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au délinquant surveillé aux termes d'une OSLD (paragraphe 134.1(1) de la LSCMLC).

[128] The Board may, at any time during the supervision period, vary or remove any such conditions (subsection 134.1(4) of the CCRA). Additionally, an offender who is required to be supervised, a member of the Board or, on approval of the Board, the offender's parole supervisor, may apply to a superior court of criminal jurisdiction for an order reducing the period of long-term supervision or terminating it on the ground that the offender no longer presents a substantial risk of reoffending and thereby being a danger to the community. The onus of proving that ground is on the applicant (subsection 753.2(3) of the *Criminal Code*).

[129] Administrative and penal mechanisms are in place to limit or otherwise control the residual liberty of the offender supervised by an LTSO with a view to ensuring the offender complies with the conditions of the LTSO.

[130] First, subsection 134.2(1) of the CCRA provides that an offender supervised by an LTSO shall comply with any instructions given by a member of the Board or a person designated, by name or by position, by the Chairperson of the Board or by the Commissioner, or given by the offender's parole supervisor, respecting any conditions of long-term supervision in order to prevent a breach of any condition or to protect society. Meanwhile, subsection 753.3(1) of the *Criminal Code* provides that an offender who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with long-term supervision is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

[131] Second, when an offender fails to comply with a condition of an LTSO, the Service may suspend the community supervision and authorize the recommitment of the offender to custody for a period not exceeding 90 days (subsections 135.1(1) to (4) of the CCRA). In this circumstance, the Correctional Service Canada Commissioner's Directive No. 715-2 (Post-Release Decision Process) concerning the post-release decision process [Directive] provides that the Service shall review the case. The LTSO is suspended only when an offender's risk is assessed as unmanageable in the community. If applicable, a warrant of suspension of conditional

[128] Les conditions d'une OSLD peuvent être modifiées ou annulées par la Commission au cours de la période de surveillance (paragraphe 134.1(4) de la LSCMLC). De surcroît, le délinquant soumis à une surveillance de longue durée peut — tout comme un membre de la Commission ou, avec l'approbation de celle-ci, son surveillant de liberté conditionnelle — demander à la cour supérieure de juridiction criminelle de réduire la période de surveillance ou d'y mettre fin pour le motif qu'il ne présente plus un risque élevé de récidive et, de ce fait, n'est plus une menace pour la collectivité, le fardeau de la preuve incombant au demandeur (paragraphe 753.2(3) du *Code criminel*).

[129] Aux fins d'assurer le respect par le délinquant des conditions de l'OSLD, des mécanismes administratifs et criminels viennent encadrer, voire limiter, la liberté résiduelle du délinquant surveillé aux termes d'une OSLD.

[130] Premièrement, le paragraphe 134.2(1) de la LSCMLC prévoit que le délinquant qui est surveillé aux termes d'une OSLD doit observer les consignes que lui donne son surveillant de liberté conditionnelle, un membre de la Commission ou la personne que le président ou le commissaire désigne nommément ou par indication de son poste en vue de prévenir la violation des conditions imposées ou de protéger la société. Or, le paragraphe 753.3(1) du *Code criminel* prévoit que le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à la surveillance de longue durée à laquelle il est soumis est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de 10 ans.

[131] Deuxièmement, en cas d'inobservation d'une condition découlant de l'OSLD, la surveillance d'un délinquant dans la communauté peut faire l'objet d'une suspension par le Service et le délinquant peut être réincarcéré dans un pénitencier pour une période maximale de 90 jours (paragraphes 135.1(1) à (4) de la LSCMLC). En pareil cas, la Directive du Service correctionnel du Canada concernant le processus décisionnel post libératoire (Directive) prévoit que le Service procède à une évaluation du dossier. L'OSLD ne sera suspendue que lorsque le risque que présente le délinquant est considéré comme impossible à gérer dans

release is issued. A post-suspension interview is then conducted to advise the offender of the details of the suspension and provide him/her an opportunity to explain his/her conduct.

[132] Third, if the Service does not cancel the suspension, the offender's case may be referred to the Board for review (subsection 135.1(5) of the CCRA). Where an officer of the Service finds that the suspension should be continued, the officer forwards to the Board an "Assessment for Decision" and shares any non-confidential information from the assessment with the offender. The offender may make written representations and request a meeting in person with the Board. However, as explained below, the decision to hold a hearing is discretionary in this case (subsections 140(1) and (2) of the CCRA).

[133] The Board shall, on the referral to it of the case, review the case and, before the end of the maximum period of 90 days, may: (1) cancel the suspension, if the Board is satisfied that, in view of the offender's behaviour while being supervised, resumption would not constitute a substantial risk by reason of the offender re-offending before the expiration of the period; (2) where the Board is satisfied that no appropriate program of supervision can be established that would adequately protect society from the risk of the offender reoffending, and that it appears that a breach has occurred, recommend that an information be laid charging the offender with an offence under section 753.3 of the *Criminal Code* (subsection 135.1(6) of the CCRA).

[134] If the Board recommends that an information be laid, the Service shall make the recommendation to the Attorney General who has jurisdiction in the place in which the breach of the condition occurred—in other words, the provincial Crown (subsection 135.1(7) of the CCRA). The presumption of innocence applies to this step (paragraph 11(d) of the Charter), while the person charged has a right not to be denied reasonable bail without just cause (paragraph 11(e) of the Charter). An offender that does not pose a risk may consequently request conditional release pending the hearing of his/her case.

la collectivité. Le cas échéant, un mandat de suspension de la mise en liberté sera émis. S'en suivra entrevue post-suspension afin d'informer le délinquant des motifs de la suspension et de lui donner l'opportunité d'expliquer sa conduite.

[132] Troisièmement, si le Service n'annule pas la suspension, le dossier du délinquant pourra être renvoyé pour examen devant la Commission (paragraphe 135.1(5) de la LSCMLC). Lorsque l'agent du Service juge que la suspension doit être maintenue, il transmet à la Commission une « Évaluation en vue d'une décision » dont les éléments non confidentiels sont communiqués au délinquant. Ce dernier peut faire des représentations écrites et demander d'être rencontré en personne par la Commission. Toutefois, tel qu'il sera expliqué plus loin, la tenue d'une audience est discrétionnaire dans un tel cas (paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC).

[133] Une fois saisie du dossier, la Commission examine le cas et, avant l'expiration de la période maximale de 90 jours, elle peut : 1) soit annuler la suspension si elle est d'avis, compte tenu de la conduite du délinquant durant la période de surveillance, que le risque de récidive avant l'expiration de cette période n'est pas élevé; 2) soit recommander le dépôt d'une dénonciation imputant au délinquant l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, si elle est d'avis qu'aucun programme de surveillance ne peut adéquatement protéger la société contre le risque de récidive et que, selon toute apparence, les conditions de la surveillance n'ont pas été observées (paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC).

[134] Dans le cas où la Commission recommande de prendre une poursuite criminelle, la recommandation est acheminée par le Service au procureur général du lieu où l'inobservation des conditions de surveillance a été constatée — en d'autres termes, à la Couronne provinciale (paragraphe 135.1(7) de la LSCMLC). La présomption d'innocence s'applique à cette étape (alinéa 11d) de la Charte), alors que l'inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (alinéa 11e) de la Charte). Le délinquant pourra donc demander d'être

[135] If the offender is found guilty of an offence referred to in section 753.3 of the *Criminal Code*, then the judge is responsible for determining, among the entire range of sentencing options, the sentence proportional to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The breach of an LTSO is not governed by a separate sentencing code or system. Time spent in preventive detention following indictment of the offender is taken into account although not necessarily time elapsed during the LTSO suspension period (maximum 90 days).

D. *Hearing before the Board: Mandatory or discretionary?*

[136] Section 140 of the CCRA describes the cases in which a hearing before the Board is mandatory or discretionary. The text of section 140 is cited above (paragraph 4).

[137] Subsection 140(1) of the CCRA stipulates that a hearing is mandatory in the cases listed in paragraphs (a) to (e) of subsection (1). However, according to subsection 140(2) of the CCRA, a hearing is at the Board's discretion in other cases, which includes a post-suspension hearing following the suspension of an LTSO (section 135.1 of the CCRA).

[138] The specific cases in which a hearing is mandatory are set out by the Quebec Court of Appeal in *Way CA*, in paragraphs 41 to 48. I am taking the liberty of reproducing this list from *Way CA* while disregarding the footnotes.

[139] Under paragraph [140(1)](a), the Board shall hold a hearing for the first review for day parole of the parties in question. In cases where the offender served a sentence of less than two years, the Board is not required to hold a hearing.

libéré sous condition dans l'attente de son procès s'il ne représente pas un risque.

[135] Si le délinquant est trouvé coupable de l'infraction visée à l'article 753.3 du *Code criminel*, il incombera au juge de déterminer, parmi toutes les sanctions possibles, celle qui est proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La violation d'une OSLD n'est pas régie par un code ou système distinct de détermination de la peine. Le temps passé en détention préventive après la mise en accusation du délinquant sera pris en compte, mais pas nécessairement le temps s'étant écoulé durant la période de suspension de l'OSLD (maximum de 90 jours).

D. *Audience devant la Commission : obligatoire ou discrétionnaire?*

[136] C'est l'article 140 de la LSCMLC qui précise dans quel cas une audience devant la Commission est obligatoire ou discrétionnaire. Le texte de l'article 140 a été reproduit plus haut (paragraphe 4).

[137] Le paragraphe 140(1) de la LSCMLC prévoit que la tenue d'une audience est obligatoire dans les cas mentionnés aux alinéas a) à e) du paragraphe (1). Par contre, selon le paragraphe 140(2) de la LSCMLC, une audience est laissée à la discrétion de la Commission dans les autres cas — ce qui inclut la tenue d'une audience post-suspension suivant la suspension d'une OSLD (article 135.1 de la LSCMLC).

[138] Les cas spécifiques où une audience est obligatoire sont recensés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Way CA*, aux paragraphes 41 à 48. Aussi, je me permets d'en reprendre l'énumération, tout en ignorant les notes en bas de page du jugement *Way CA*.

[139] En vertu de l'alinéa [140(1)]a), la Commission doit tenir une audience à l'occasion du premier examen du cas qui suit la demande de semi-liberté des intéressés. Dans le cas d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, la Commission n'a pas l'obligation de tenir une audience.

[140] Under paragraph [140(1)](b), the Board shall hold a hearing when reviewing the case of every offender who is serving a sentence of two years or more and who is not within the jurisdiction of a provincial parole board for the purpose of deciding whether to grant full parole. It shall also hold a hearing in relation to further review subsequent to a decision not to grant full parole or day parole or where a review was not conducted because the offender advised the Board that they do not wish to be considered for full parole. This further review is conducted within two years of the decision. The Board also holds a hearing when conducting another review concerning the cancellation or termination of parole. This further review is also conducted within two years of the cancellation or termination.

[140] Selon l'alinéa [140(1)]b), la Commission doit tenir une audience lorsqu'elle examine le dossier de délinquants qui purgent une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus et qui ne relèvent pas d'une commission provinciale pour décider s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle totale. Elle doit également tenir une audience dans le cas d'un réexamen à la suite du refus d'une libération conditionnelle totale ou du refus d'une semi-liberté ou lorsqu'il n'y a pas eu d'examen en raison de l'avis d'un délinquant qu'il ne souhaite pas bénéficier de la libération conditionnelle totale. Ce réexamen se tient dans les deux ans de la décision. La Commission tient aussi une audience lors d'un réexamen en cas d'annulation ou de cessation de la libération conditionnelle. Ce réexamen se tient également dans les deux ans de la date d'annulation ou de cessation.

[141] Under paragraph [140(1)](c), the Board shall hold a hearing when reviewing the case of an offender "who is serving a sentence of two years or more that includes a sentence imposed for an offence set out in Schedule I or II or an offence set out in Schedule I or II that is punishable under section 130 of the *National Defence Act*." Sections 129, 130 and 131 of the CCRA appear under the "Detention during Period of Statutory Release" heading.

[141] En vertu de l'alinéa [140(1)]c), la Commission doit tenir une audience lorsqu'elle examine ou réexamine le dossier d'un délinquant « dont la peine d'emprisonnement d'au moins deux ans comprend une peine infligée pour une infraction visée à l'annexe I ou II ou mentionnée à l'une ou l'autre de celles-ci et qui est punissable en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* ». Les articles 129, 130 et 131 de la LSCMLC sont dans la section « Maintien en incarcération au cours de la période prévue pour la libération d'office ».

[142] Under paragraph [140(1)](d), the Board shall hold a hearing for "a review following a cancellation of parole". It is to be noted that in 2012, paragraph 140(1)(d) of the CCRA was amended by section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 (2012 amendments). These legislative changes came into force on December 1, 2012 (see SI/2012-88). Previously, paragraph 140(1)(d) of the CCRA provided that the Board was to hold a hearing for a review following "suspension, cancellation, termination or revocation of parole or following a suspension, termination or revocation of statutory release."

[142] En vertu de l'alinéa [140(1)]d), la Commission doit tenir une audience dans « les examens qui suivent l'annulation de la libération conditionnelle ». Rappelons qu'en 2012, l'alinéa 140(1)d) de la LSCMLC a été modifié par l'article 527 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19 (amendements de 2012). Ces modifications législatives sont entrées en vigueur le 1er décembre 2012 (voir TR/2012-88). Auparavant, l'alinéa 140(1)d) de la LSCMLC prévoyait que la Commission devait tenir une audience pour tous les examens suivants : « la suspension, l'annulation, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office ».

[143] Under paragraph [140(1)](e) and under the Regulations, the Board shall hold a hearing where an offender applies for an unescorted temporary absence if the Board has not yet granted a first unescorted temporary

[143] En vertu de l'alinéa [140(1)]e) et du Règlement, la Commission doit tenir une audience lorsqu'un délinquant demande une permission de sortir sans surveillance, alors que la Commission ne lui a jamais accordé

absence or a first day parole and where the offender is serving, in a penitentiary, a sentence of life imprisonment imposed as a minimum punishment or commuted from a sentence of death, or a sentence of detention for an indeterminate period (subsection 164(1) of the Regulations). The Board shall also hold a hearing in cases where an offender applies for an escorted temporary absence on certain specific grounds if the Board has not yet granted a first unescorted temporary absence and the offender is serving a sentence of life imprisonment as a minimum punishment or commuted from a sentence of death (subsection 164(2) of the Regulations).

de première sortie sans surveillance ou de première mise en semi-liberté et que le délinquant purge, dans un pénitencier, une peine d'emprisonnement à perpétuité infligée comme peine minimale ou à la suite de commutation d'une peine de mort ou une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée (paragraphe 164(1) du Règlement). La Commission doit également tenir une audience dans le cas d'un délinquant qui demande une permission de sortir sous surveillance pour certaines raisons précises, alors que la Commission ne lui a pas agréé une première sortie sous surveillance et que le délinquant purge une peine d'emprisonnement à perpétuité infligée comme peine minimale ou à la suite de commutation d'une peine de mort (paragraphe 164(2) du Règlement).

[144] Lastly, neither the Act nor the Regulations define the terms "cancellation," "termination" or "revocation." Cancellation may be said to take place where authorization for release is withdrawn before it takes effect (for example, subsection 124(3) of the CCRA). Termination and revocation occur following release. Termination occurs when "the undue risk to society is due to circumstances beyond the offender's control" (subsection 135(7) of the CCRA), while revocation occurs in all other cases.

[144] Enfin, ni la loi ni le règlement ne définissent les termes « annulation », « cessation » ou « révocation ». On peut penser qu'il y a annulation lorsque l'autorisation de mise en liberté du délinquant est retirée avant que celle-ci ne débute (par exemple, le paragraphe 124(3) de la LSCMLC). La cessation et la révocation ont lieu après la mise en liberté. La cessation a lieu lorsque « le risque pour la société dépend de facteurs qui ne sont pas imputables au délinquant » (paragraphe 135(7) de la LSCMLC), tandis qu'il y a révocation dans le cas contraire.

E. *Declaration of invalidity in* Way

E. *Déclaration d'invalidité prononcée dans l'affaire* Way

[145] On August 26, 2014, the Superior Court of Québec granted an application for *habeas corpus* and *mandamus* in aid and declaratory relief submitted by two offenders whose day parole or full parole had been revoked by the Board without calling the offenders to an oral hearing (*Way Sup Ct*).

[145] Le 26 août 2014, la Cour supérieure du Québec a accueilli la requête en *habeas corpus* avec *mandamus* auxiliaire et jugement déclaratoire auxiliaire présentée par deux délinquants dont la semi-liberté ou la libération conditionnelle totale avaient été révoquées par la Commission sans que ceux-ci n'aient été convoqués à une audience orale (*Way CS*).

[146] In the opinion of the Superior Court, the 2012 amendments represent a significant departure from a longstanding tradition of recognizing and protecting the right of offenders to be heard before major decisions are made concerning their potential re-release. In fact, the Superior Court concludes that the legislative changes of 2012 resulted in deprivation of the two

[146] De l'avis de la Cour supérieure, les amendements de 2012 écartent de manière significative une longue tradition où l'on a reconnu et protégé le droit du délinquant de se faire entendre avant qu'une décision importante soit prise quant à sa remise en liberté ou non. De fait, la Cour supérieure conclut que les modifications législatives de 2012 ont entraîné une privation

offenders' residual liberty, contrary to principles of fundamental justice. Under these circumstances, detention of the two offenders was illegal. Section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* and new paragraph 140(1)(d) of the CCRA were consequently declared inoperative on the grounds that these provisions violate section 7 of the Charter and cannot be saved pursuant to section 1.

[147] On October 1, 2015, the judgment in *Way Sup Ct* was affirmed by the Court of Appeal of Quebec (*Way CA*). The Court of Appeal noted that [TRANSLATION] "in the implementation of the parole system, every decision has significant impact on an offender's life", while [TRANSLATION] "revocation can have a number of serious consequences, notably a longer period of imprisonment and the loss of employment": *Way* [*CA*], at paragraph 64, citing a comment from Laskin J., dissenting, in *Mitchell v. R.*, [1976] 2 S.C.R. 570 (*Mitchell*), at page 584, affirmed by the Supreme Court in *Singh*, at pages 209–210.

[148] Now, although flexibility must be shown when it comes to analyzing procedural fairness with respect to the parole process (*Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75 (*Mooring*), at paragraphs 25–26), the Court of Appeal of Quebec also notes, at paragraph 72:

> [TRANSLATION] [...] it is difficult not to observe that the amendment set out in section 527 of the [*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*] creates an arbitrary situation. Apart from the financial savings sought by Parliament, there is no rational basis for making a different procedure applicable to decisions having similar impact on different offenders. Moreover, it is unfair to allow a hearing for an offender whose parole is cancelled before it has begun and to let the [Board] decide without limitation as to this benefit, while an offender's parole is suspended or revoked after the offender has earned this benefit.

[149] Ultimately, the Court of Appeal of Quebec concludes that there was no analytical error in the Superior Court's reasoning, whether in relation to the violation

de la liberté résiduelle des deux délinquants, contrairement aux principes de justice fondamentale. Dans ces circonstances, la détention des deux délinquants était illégale. En conséquence, l'article 527 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* et le nouvel alinéa 140(1)d) de la LSCMLC ont été déclarées inopérants au motif que ces dispositions portent atteinte à l'article 7 de la Charte et ne peuvent être sauvegardées en vertu de l'article premier.

[147] Le 1er octobre 2015, le jugement *Way CS* a été confirmé par la Cour d'appel du Québec (*Way CA*). La Cour d'appel note que « [d]ans le cadre de la mise en œuvre de libérations conditionnelles, chaque décision a un impact important sur la vie du détenu », alors qu'« [u]ne révocation peut occasionner certaines conséquences graves, notamment une période d'emprisonnement plus longue ainsi que la perte d'un emploi » : *Way* [*CA*], au paragraphe 64, citant un commentaire du juge Laskin, dissident, dans l'arrêt *Mitchell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 570 (*Mitchell*), à la page 584 et que la Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Singh* aux pages 209–210.

[148] Or, bien qu'il faut faire preuve de souplesse à l'occasion d'une analyse relative à l'équité procédurale en matière de libérations conditionnelles (*Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75 (*Mooring*), aux paragraphes 25–26), la Cour d'appel du Québec note par ailleurs, au paragraphe 72 :

> [...] il est difficile de ne pas constater que l'amendement mis de l'avant par l'article 527 de la [*Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*] crée une situation arbitraire. Hormis les économies d'argent recherchées par le Parlement, il n'y a aucun fondement rationnel à ce qu'une procédure différente soit appliquée à des décisions qui ont un impact similaire sur différents détenus. Il est de plus injuste de permettre une audience à un détenu qui voit sa semi-liberté annulée, alors qu'elle n'a pas pris vie, et laisser la [Commission] décider de ce bénéfice, sans contrainte, alors que la semi-liberté d'un détenu est suspendue ou révoquée après qu'il se sera mérité un tel bénéfice.

[149] Au final, la Cour d'appel du Québec conclut qu'il n'y a aucune erreur d'analyse dans le raisonnement de la Cour supérieure, que ce soit au niveau de l'atteinte à

of section 7 of the Charter or its justification pursuant to section 1.

[150] On April 21, 2016, the Supreme Court granted leave to appeal [[2016] 1 S.C.R. xvi] the decision in *Way CA*. On June 16, 2016, it formulated two constitutional questions concerning the violation of section 7 of the Charter and justification of any such violation pursuant to section 1. On September 7, 2016, however, the Attorney General of Canada withdrew its appeal and the case was closed.

[151] On March 27, 2017, at the hearing for the present application for judicial review and declaratory relief, counsel for the respondent indicated that the Board is complying henceforth, across Canada, with the declaration of invalidity in *Way Sup Ct* despite the fact that the provisions declared inoperative by the Superior Court of Québec (section 527 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* and paragraph 140(1)(d) of the CCRA) had not been officially repealed by Parliament. As a consequence, in practice, the Board automatically holds a hearing in all cases involving the suspension, cancellation, termination or revocation of an offender's parole or statutory release. However, it does not do so in cases referred to it by the Service following the suspension of an LTSO, when the decision as to a post-suspension hearing is made on a case-by-case basis.

[152] This Court is not bound by provincial judgments. Notwithstanding this, it examined the persuasive character of the judgments rendered in Quebec in *Way* to determine whether similar reasoning could be applied to the suspension of an LTSO. Although the 2012 amendments to section 140 of the CCRA were declared unconstitutional, in my humble opinion, there are significant reasons for distinguishing the *Way* case from the case at hand.

[153] First, in the case of long-term offenders, community supervision is based on the sentence handed down by a court of criminal jurisdiction, not a decision of the Board. The Board can in no way vary of its own motion the sentence passed.

l'article 7 de la Charte, ou de sa justification en vertu de l'article premier.

[150] Le 21 avril 2016, la Cour suprême a accordé l'autorisation [[2016] 1 R.C.S. xvi] d'en appeler du jugement *Way CA*. Le 16 juin 2016, elle a formulé deux questions constitutionnelles touchant à la violation de l'article 7 de la Charte et à la justification de toute atteinte en vertu de l'article premier. Toutefois, le 7 septembre 2016, le procureur général du Canada s'est désisté de son appel et le dossier a été fermé.

[151] Le 27 mars 2017, lors de l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire, le procureur du défendeur a indiqué que, dans l'ensemble du territoire du Canada, la Commission se conforme dorénavant au jugement déclaratoire d'invalidité dans la décision *Way CS*, et ce, bien que les dispositions déclarées inopérantes par la Cour supérieure du Québec (article 527 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* et alinéa 140(1)d) de la LSCMLC) n'aient pas été formellement abrogées par le Parlement. En pratique, la Commission tient donc automatiquement une audience dans tous les cas de suspension, d'annulation, de cessation ou révocation de la libération conditionnelle ou d'office d'un délinquant. Mais ce n'est pas le cas dans les dossiers qui lui sont référés par le Service à la suite de la suspension d'une OSLD : la tenue d'une audience post-suspension se décide au cas par cas.

[152] La présente Cour n'est pas liée par des jugements provinciaux. Il n'empêche, celle-ci a examiné le caractère persuasif des jugements ayant été rendus au Québec dans l'affaire *Way* pour voir si le même raisonnement pouvait s'appliquer à la suspension d'une OSLD. Bien que les modifications de 2012 à l'article 140 de la LSCMLC aient été déclarées inconstitutionnelles, à mon humble avis, il existe des raisons sérieuses pour distinguer l'affaire *Way* du présent dossier.

[153] Premièrement, dans le cas des délinquants à contrôler, la surveillance en communauté découle de la sentence ayant été rendue par une cour de juridiction criminelle et non d'une décision de la Commission. Cette dernière ne peut d'aucune manière modifier de son propre chef la sentence rendue.

[154] Second, whereas parole is, among other factors, granted to an offender for good behaviour during detention, the LTSO is a consequence of the offender's behaviour based on the seriousness of his or her crimes or on the offender's repetitive behaviour (section 753.1 of the *Criminal Code*). Additionally, the procedure applicable to the violation of a condition of an LTSO illustrates the primary objective, this being to protect society from the danger posed by putting the offender back into the community. The LTSO is initially suspended by the Service, which obtains a warrant of recommitment. After meeting in person with the offender, the Service makes a decision as to the continuation or cancellation of the suspension. If the Service opts to continue the suspension, the case is referred to the Board. The Board must render a decision within the statutory time limit of 90 days, after which suspension of the LTSO cannot be continued and the offender must be released (unless, of course, the offender is charged in the meantime and the Attorney General opposes the offender's release).

[154] Deuxièmement, si la liberté conditionnelle est, entre autre, octroyée au délinquant pour sa bonne conduite lors de sa détention, l'OSLD est, quant à elle, une conséquence du comportement du délinquant dépendamment de la gravité de ses crimes ou encore de la répétition de ceux-ci (article 753.1 du *Code criminel*). Aussi, la procédure instaurée suite à la violation d'une condition prévue à l'OSLD illustre l'objectif premier qui est de protéger la société du danger que peut représenter le délinquant s'il demeure dans la communauté. En effet, la suspension de l'OSLD est effectuée au départ par le Service qui a obtenu un mandat de réincarcération. Après avoir rencontré en personne le délinquant, le Service prend la décision de maintenir la suspension ou de l'annuler. Si le Service maintient la suspension, le dossier est alors référé à la Commission. La décision de la Commission doit être rendue à l'intérieur du délai statutaire de 90 jours, au-delà duquel la suspension de l'OSLD ne peut se poursuivre et le délinquant doit être libéré (à moins bien entendu que le délinquant ait été accusé entretemps et que le procureur général se soit opposé à sa libération).

[155] Third, the material evidence in the file of this Court—which appears to be either absent or not considered in *Way*—does not lead me to conclude that any major issues of credibility remain or are determining factors in the decision of the Board under section 135.1 of the CCRA. As such, pursuant to section 9.1 of the Manual, when making a determination on whether to cancel the suspension or recommend that an information be laid pursuant to subsection 135.1(6) of the CCRA, Board members assess all relevant information, including:

a. the offender's progress towards meeting the objectives of the correctional plan, including addressing the risk factors and needs areas;

b. information that the offender has demonstrated behaviour that may present a substantial risk to the community by failing to comply with one or more conditions (including time unlawfully at large and since re-incarceration);

[155] Troisièmement, la preuve matérielle au dossier de la présente Cour — laquelle semble absente ou ne pas avoir considérée dans l'affaire *Way* — ne me permet pas de conclure que des questions importantes de crédibilité soient toujours en cause ou déterminantes dans la décision que prend la Commission en vertu de l'article 135.1 de la LSCMLC. Ainsi, selon le paragraphe 9.1 du Manuel, lorsque les commissaires doivent déterminer s'il y a lieu d'annuler la suspension ou de recommander le dépôt d'une dénonciation en vertu du paragraphe 135.1(6) de la LSCMLC, ils évaluent toutes les informations pertinentes, dont celles-ci :

a. les progrès accomplis par le délinquant dans la réalisation des objectifs de son plan correctionnel, notamment les efforts qu'il a déployés pour atténuer les facteurs de risque et ses besoins;

b. les informations indiquant que le délinquant a eu un comportement pouvant présenter un risque élevé pour la collectivité en ne respectant pas une ou plusieurs conditions (y compris durant le temps où il a été illégalement en liberté et depuis sa réincarcération);

c. reliable and persuasive information that a breach of condition has occurred;

d. whether the offender understood the full implications of the condition, or whether an explanation for failing to comply with the condition could be argued;

e. any documented occurrences of drug use, positive urinalysis results or failures or refusals to provide a sample; and

f. history and circumstances of breaches, suspensions or revocations during this or previous periods of conditional release or long-term supervision and any alternative interventions attempted to manage the risk.

[156] Fourth, a recommendation to lay a charge pursuant to section 753.3 of the *Criminal Code* does not bind the Attorney General. More importantly, the offender is entitled to the presumption of innocence. They will have an oral hearing with a judge and may argue all means of defence to have the accusation dropped.

[157] Fifth, the 2012 amendments in no way altered the situation of long-term offenders. The illogical nature of these changes was a determining factor in *Way* in terms of questioning the different treatment of offenders already on parole. In this case, the post-suspension hearings were always at the discretion of the Board when a case was referred to it following the suspension of an LTSO.

[158] In addition, although this Court considered the conclusions and reasoning of the Superior Court of Quebec and the Court of Appeal in *Way*, it must draw its own conclusions concerning the constitutionality of the discretion provided by subsection 140(2) of the CCRA with respect to a post-suspension review concerning a long-term offender whose LTSO has been suspended by the Service.

c. les informations, sûres et convaincantes montrant que les conditions ont été violées;

d. la question de savoir si le délinquant a compris toute la portée de la condition, ou si une raison justifiant le non-respect de la condition peut être invoquée;

e. tout document dans lequel sont rapportés la consommation de drogues, les résultats positifs d'analyses d'urine ou tout défaut ou refus de fournir un échantillon;

f. l'historique et les circonstances des manquements, des suspensions ou des révocations qui se sont produits durant la présente ou une précédente période de liberté sous condition ou de surveillance de longue durée, et de toute autre intervention qui visait à contrôler le risque.

[156] Quatrièmement, s'agissant de la recommandation de porter une accusation en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel*, celle-ci ne lie pas le procureur général. Mais plus important encore, le délinquant jouit de la présomption d'innocence. Il sera entendu en audience orale par un juge et il pourra faire valoir tous les moyens de défense pour faire rejeter cette accusation.

[157] Cinquièmement, les amendements de 2012 n'ont en rien changé à la situation des délinquants à contrôler. Le caractère non logique de ces modifications était un facteur déterminant dans *Way* pour questionner le traitement différent de délinquants jouissant d'une libération conditionnelle. En l'espèce, les audiences post-suspension ont toujours été à la discrétion de la Commission lorsqu'un dossier lui est référé à la suite de la suspension d'une OSLD.

[158] Aussi, bien que la présente Cour ait considéré les conclusions et le raisonnement de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel dans [l'affaire] *Way*, elle doit parvenir à ses propres conclusions concernant la constitutionnalité de la discrétion que confère le paragraphe 140(2) de la LSCMLC dans le cas d'un examen post-suspension visant un délinquant à contrôler dont l'OSLD a été suspendue par le Service.

F. *Deprivation of offender's residual liberty*

[159] To summarize from the start: first, the applicant claims that the suspension of an LTSO by the Service and ensuing recommitment to custody both represent significant restrictions on the residual liberty of the offender under community supervision (*Gallone*, at paragraph 17; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 [cited above]; *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465 [cited above]). According to the applicant, the right to residual liberty is more important in the context of an LTSO than the right of an offender on day parole or on full parole. This is because an offender under community supervision has finished serving their sentence, unlike an offender on parole. The applicant cites further the importance of the principle of reintegration into society supporting the long-term supervision system.

[160] I generally agree with the applicant. When an LTSO is suspended, the offender's residual liberty is indeed restricted for a period of up to 90 days. The respondent submits that recommitment of a long-term offender to custody is expressly permitted under section 135.1 of the CCRA. Now, the Board's exercise of discretion as to holding a hearing, as provided in subsection 140(2) of the CCRA, does not restrict the offender's residual liberty in any way. In any case, the deprivation of an individual's liberty must be sufficiently serious to justify protection under the Charter (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143 [cited above], at page 151). In the present case, any deprivation of the offender's liberty beyond the statutory period of 90 days is not attributable to the Board's recommendation, at least, not significantly enough to claim violation of section 7 of the Charter (*Huynh v. Canada*, [1996] 2 F.C. 976 (C.A.)).

[161] The respondent's argument is not convincing. It is not my role to decide whether the restriction of a long-term offender's residual liberty is greater or lesser

F. *Atteinte à la liberté résiduaire du délinquant*

[159] Reprenons donc l'exercice depuis le début. Dans un premier temps, le demandeur prétend que la suspension par le Service d'une OSLD, et la réincarcération dans un pénitencier qui en découle, représentent toutes deux des restrictions importantes à la liberté résiduelle dont jouit le délinquant qui fait l'objet d'une surveillance en communauté (*Gallone*, au paragraphe 17; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595 [précité]; *Illes v. Kent Institution*, 2001 BCSC 1465 [précité]). Selon le demandeur, dans le contexte d'une OSLD, le droit à la liberté résiduelle est plus important que celui dont jouit le délinquant en semi-liberté ou en liberté conditionnelle totale. En effet, le délinquant en surveillance dans la communauté a terminé de purger sa peine contrairement au délinquant jouissant d'une libération conditionnelle. Le demandeur rappelle d'ailleurs l'importance du principe de réinsertion sociale qui supporte le système de surveillance longue durée.

[160] Je suis généralement d'accord avec le demandeur. Dans le cas de la suspension d'une OSLD, il y a effectivement une restriction à la liberté résiduaire du délinquant durant une période pouvant aller jusqu'à 90 jours. Le défendeur répond que la réincarcération du délinquant à contrôler est expressément autorisée par l'article 135.1 de la LSCMLC. Or, le pouvoir discrétionnaire de la Commission de tenir une audience, prévu au paragraphe 140(2) de la LSCMLC, ne restreint d'aucune manière la liberté résiduaire du délinquant. De toute façon, il faut que la privation à la liberté d'un individu soit suffisamment grave pour justifier la protection de la Charte (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143 [précité], à la page 151). En l'espèce, toute privation de liberté du délinquant au-delà de la période statutaire de 90 jours n'est pas attribuable à la recommandation de la Commission, du moins d'une façon assez significative pour y voir une atteinte à l'article 7 de la Charte (*Huynh c. Canada*, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.)).

[161] L'argumentation du défendeur n'est pas convaincante. Je n'ai pas à décider si la restriction à la liberté résiduaire du délinquant à contrôler est plus sévère ou

than that resulting from the suspension of parole. As noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the LTSO represents a form of conditional release governed by the CCRA, and its purpose is consequently to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society, facilitating the rehabilitation and reintegration of offenders (at paragraph 47). In this regard, the Court notes at paragraph 48:

> Reading the *Criminal Code*, the *CCRA* and the applicable jurisprudence together, we can therefore identify two specific objectives of long-term supervision as a form of conditional release: (1) protecting the public from the risk of reoffence, and (2) rehabilitating the offender and reintegrating him or her into the community. The latter objective may properly be described as the ultimate purpose of an LTSO, as indicated by section 100 of the *CCRA*, through it is inextricably entwined with the former. [My emphasis.]

[162] The mechanisms of the CCRA in relation to community supervision of a long-term offender constitute a whole. The various steps leading to deprivation of an offender's residual liberty cannot be artificially isolated. Suspension of an LTSO, recommitment to custody and even the subsequent indictment of the offender must be considered overall from the viewpoint of their practical effects on the offender. With respect to the first phase of the review required under section 7 of the Charter, the issue is not whether the existence of discretion as to holding a hearing goes against the principles of fundamental justice but instead whether the individual's right to liberty is engaged. Such is the case in this instance when considering the adverse application of the legislative mechanisms in question. One day the offender is released under community supervision; the next, following allegations of violation of the LTSO, the Service issues a warrant and the offender is recommitted to custody for a period of up to 90 days.

[163] In the present case, even if the Board can ultimately only make a recommendation to prosecute to the Attorney General under paragraph 135.1(6)(c) of the

moins importante que celle découlant de la suspension d'une libération conditionnelle. Ainsi que l'a noté la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, l'OSLD représente une forme de mise en liberté sous condition régie par la LSCMLC et a donc pour objet de contribuer au maintien d'une société juste, paisible et sûre, favorisant la réadaptation et la réinsertion des délinquants à contrôler (au paragraphe 47). À ce chapitre, la Cour note au paragraphe 48 :

> L'examen simultané du *Code criminel*, de la *LSCMLSC* et de la jurisprudence permet d'identifier deux objectifs particuliers de la surveillance de longue durée, comme forme de libération conditionnelle : (1) la protection du public contre le risque de récidive et (2) la réadaptation et la réinsertion sociale du délinquant. Le second objectif peut être décrit à juste titre comme l'objectif ultime d'une OSLD, comme l'indique l'art. 100 de la *LSCMLSC*, bien qu'il soit inextricablement lié au premier. [Je souligne.]

[162] Les mécanismes de la LSCMLC relatifs à la surveillance en communauté du délinquant à contrôler forment un tout. On ne peut artificiellement segmenter chacune des étapes menant à la privation de la liberté résiduelle du délinquant. La suspension de l'OLSD, la réincarcération, voir à la mise en accusation subséquente du délinquant, doivent être globalement considérées du point de vue de leurs effets pratiques sur le délinquant. Au niveau de la première étape de l'examen requis par l'article 7 de la Charte, la question n'est pas de savoir si l'existence d'une discrétion de tenir ou non une audition est contraire aux principes de justice fondamentale, mais de déterminer si le droit à la liberté de l'individu est engagé. C'est le cas en l'espèce, lorsqu'on considère l'application préjudicielle des mécanismes législatifs en cause. Un jour le délinquant est en liberté surveillée dans la communauté; le jour suivant, à la suite d'allégations de violation de l'OSLD, un mandat est émis par le Service, et le délinquant est réincarcéré dans un pénitencier pour une période pouvant aller jusqu'à 90 jours.

[163] En l'occurrence, même si la Commission ne peut ultimement que faire une recommandation de poursuite au procureur général en vertu de l'alinéa 135.1(6)c)

CCRA, it remains responsible for deciding whether suspension of the LTSO by the Service is justified to begin with. The applicant is not stating here that his recommitment to custody is in itself illegal but that the offender has a right to an oral hearing to explain his conduct. If the Board does decide within the 90-day time limit not to suspend the LTSO, then the offender will be released again. Now, paragraph 135.1(6)(a) of the CCRA provides that a suspension may be cancelled if the Board finds, in view of the offender's conduct during the supervision period, that there is not a high risk of reoffending before expiration of this period. The Board may also vary the conditions of an LTSO. Further, I am not convinced that the maximum recommitment to custody of 90 days specified in section 135.1 of the Act should be separated from the application of subsection 140(2) of the Act concerning the holding of a hearing.

[164] Having determined that the offender's right to liberty is engaged by application of the mechanisms provided in section 135.1 of the CCRA, it is now appropriate to determine whether the discretionary nature of the power granted under subsection 140(2) of the CCRA as to holding a hearing goes against principles of fundamental justice; first, however, we must identify which principles of fundamental justice are potentially applicable to the case under consideration.

G. *Variable content of obligation to act fairly*

[165] The two parties agree that the Board is required to comply with principles of fundamental justice. However, they have adopted diverging positions on the question as to whether an oral hearing before the Board is necessary in all cases involving suspension of an LTSO referred to the Board by the Service.

[166] The analysis grid proposed by the Supreme Court in *Baker* for establishing the scope of the obligation to act fairly is well known and not subject to challenge. The first factor is the nature of the decision being made, or the closeness of the administrative process to the

de la LSCMLC, il n'en demeure pas moins qu'elle est appelée à décider, en premier lieu, si la suspension de l'OSLD par le Service est justifiée. Le demandeur ne dit pas ici que sa réincarcération est en soi illégale, mais que le délinquant a droit à une audience orale pour expliquer sa conduite. Si la Commission décide de ne pas suspendre l'OSLD, et ce, avant la fin du délai de 90 jours, le délinquant sera effectivement remis en liberté. Or, l'alinéa 135.1(6)a) de la LSCMLC l'autorise à annuler la suspension si elle est d'avis compte tenu de la conduite du délinquant durant la période de surveillance, que le risque de récidive avant l'expiration de cette période n'est pas élevé. La Commission peut également modifier les conditions d'une OSLD. Aussi, je ne suis pas convaincu que la réincarcération maximale de 90 jours prévue à l'article 135.1 de la Loi devrait être séparée de l'application du paragraphe 140(2) de la Loi concernant la tenue d'une audience.

[164] Ayant déterminé que le droit à la liberté du délinquant est engagé par l'application des mécanismes prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC, il y a maintenant lieu de déterminer si le caractère discrétionnaire du pouvoir accordé par le paragraphe 140(2) de la LSCMLC de tenir une audience va à l'encontre des principes de justice fondamentale, mais dans un premier temps, il faut définir quels sont les principes de justice fondamentale qui sont susceptibles de s'appliquer au cas sous étude.

G. *Contenu variable de l'obligation d'agir de façon équitable*

[165] Les deux parties sont d'accord pour dire que la Commission doit respecter les principes de justice fondamentale. Toutefois, elles prennent des positions divergentes sur la question de savoir si ceux-ci exigent une audience orale devant la Commission dans tous les cas de suspension d'une OSLD lorsque le dossier lui est référé par le Service.

[166] La grille d'analyse proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* pour établir la portée de l'obligation d'agir de façon équitable est bien connue et ne fait pas l'objet de contestation. Le premier facteur est la nature de la décision recherchée, soit la mesure dans laquelle

judicial process in the process provided for, the function of the decision-making body and the determinations that must be made to reach a decision (*Baker*, at paragraph 23). The second factor is the nature of the statutory scheme, or the role of the particular decision within the statutory scheme including, for example, the appeal procedure or whether further requests can be submitted (*Baker*, at paragraph 24). The third factor is the importance of the decision to the individuals affected, or its impact on those persons and the scope of the repercussions of the decision (*Baker*, at paragraph 25). The fourth factor is the legitimate expectations concerning the procedure required or its outcome (*Baker*, at paragraph 26). The fifth factor is the choices of procedure made by the agency itself, considering the agency's expertise and the extent to which the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures (*Baker*, at paragraph 27).

[167] In two recent instances, *Gallone* and *Laferrière FC*, the Federal Court contributed significantly toward developing the administrative law and the content of the rules of procedural fairness. When an offender under an LTSO exhibits cognitive (psychiatric) problems, or when the reliable and convincing nature of the information examined by the Board cannot be evaluated by simple review of the case, an oral hearing should generally be held.

[168] We will begin with the *Gallone* case. Meticulously reviewing each of the five factors mentioned in the *Baker* judgment in light of the plan at issue and the impact of the Board's decision on the residual liberty of the offender whose LTSO had been suspended, Judge Tremblay-Lamer notes in paragraphs 16, 17 and 19:

> In this case, it is true that PBC acts in neither a judicial nor a quasi-judicial manner (*Mooring v Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 SCR 75 at paras 25-26) and that subsection 140(2) of the Act provides the PBC with the discretion [to] decide whether to hold a hearing. However, greater procedural protections are required as there is no appeals process for persons subject

le processus administratif se rapproche d'un processus judiciaire dans le processus prévu, la fonction du décideur et la démarche à suivre pour parvenir à la décision (*Baker*, au paragraphe 23). Le deuxième facteur est celui de la nature du régime législatif, soit le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, incluant, par exemple, les procédures d'appel ou les possibilités de présenter d'autres demandes (*Baker*, au paragraphe 24). Le troisième facteur est celui de l'importance de la décision pour les personnes visées, soit l'impact sur la vie des personnes et l'étendue des répercussions de la décision (*Baker*, au paragraphe 25). Le quatrième facteur est celui des attentes légitimes quant à la procédure à suivre ou au résultat (*Baker*, au paragraphe 26). Le cinquième facteur est celui des choix de procédures que l'organisme fait lui-même, en considérant l'expertise de l'organisme et ce que la loi prévoit quant à la possibilité du décideur de choisir ses propres procédures (*Baker*, au paragraphe 27).

[167] Dans deux instances récentes, *Gallone* et *Laferrière CF*, la Cour fédérale a apporté une contribution significative au niveau de l'élaboration du droit administratif et du contenu des règles d'équité procédurale applicables. Lorsqu'un délinquant qui fait l'objet d'une OSLD présente des problèmes cognitifs (psychiatriques), ou lorsque le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés par la Commission ne peut être évalué au moyen d'une simple étude du dossier, une audience orale devrait généralement être tenue.

[168] Commençons par l'affaire *Gallone*. Examinant de manière minutieuse chacun des cinq facteurs mentionnés dans l'arrêt *Baker* à la lumière du régime en cause et de l'impact de la décision de la Commission sur la liberté résiduelle de la délinquante dont l'OSLD avait été suspendue, la juge Tremblay-Lamer note aux paragraphes 16, 17 et 19 :

> Dans le cas présent, il est vrai que la CLCC n'agit pas de façon judiciaire ou quasi judiciaire (*Mooring c Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 RCS 75 aux paras 25-26) et que le paragraphe 140(2) de la Loi donne à la CLCC la discrétion de tenir une audience ou non. Cependant, les protections procédurales sont plus importantes puisqu'il n'y a aucune

to a long-term supervision order and the decision is final (sections 99.1 and 147 of the Act).

The most significant criterion in this case is the importance of the decision to the person affected. The Supreme Court in *Baker*, wrote "[t]he more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated" (at para 25). In this case, not only was the applicant incarcerated following the suspension of an LTSO, the PBC also recommended that a charge be filed under section 753.3 of the *Criminal Code*. The suspension of the long-term supervision and ensuing incarceration amount to a curtailment of the applicant's residual liberty. That decision constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness owed the applicant by the PBC. It is an important factor that the PBC must take into account in deciding whether to hear *viva voce* testimony.

...

In addition, where the assessment of physical or mental capacities may have an impact on the type of conditions to be imposed, a hearing would be appropriate. Here, the Correctional Service's community mental health team, as well as the staff member supervising her, raised concerns about the applicant's cognitive abilities and intellectual limitations. Meeting with the applicant would have certainly allowed for an assessment of the grounds of the staff's concerns, in addition to hearing the applicant's explanations regarding the events leading up to the suspension, a decision which significantly restricted her residual liberty.

[169] By applying the analytical framework to the specific facts of the case, Judge Tremblay-Lamer determined that an oral hearing would be necessary. We can thus read in paragraphs 20 to 22:

To be sure, the nature of the duty of procedural fairness is flexible and depends on the circumstances. A hearing will not be required in every case. However, the factors set out in *Baker* should not remain in the abstract. They must be examined in each case in order to ensure that administrative decisions made are adapted to the type of decision and institutional context.

procédure d'appel pour les personnes soumises à une ordonnance de surveillance de longue durée et que la décision a un caractère final (articles 99.1 et 147 de la Loi).

Le critère le plus significatif en l'espèce est l'importance de la décision pour la personne visée. La Cour suprême dans *Baker*, affirmait « [p]lus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses » (au para 25). En l'espèce, non seulement la demanderesse a-t-elle été incarcérée suite à la suspension d'une OSLD, mais la CLCC a également recommandé le dépôt d'une accusation en vertu de l'article 753.3 du *Code criminel*. La suspension de la surveillance de longue durée et l'incarcération qui en découle représentent une restriction à la liberté résiduelle de la demanderesse. Cette décision a une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale due à la demanderesse par la CLCC. Elle représente un facteur important dont doit tenir compte la CLCC dans sa décision d'entendre *viva voce* un individu.

[...]

De plus, lorsque l'évaluation des capacités physiques ou mentales peut avoir une incidence sur le type de conditions à imposer, une audience serait appropriée. Ici, l'équipe en soin de santé mentale en communauté du Service correctionnel, ainsi que l'intervenante responsable, ont soulevé des préoccupations quant aux capacités cognitives et aux limites intellectuelles de la demanderesse. Rencontrer la demanderesse aurait certainement permis d'évaluer le bien-fondé des préoccupations des intervenants, en plus d'entendre les explications de la demanderesse quant aux événements ayant mené à la suspension, une décision qui restreignait de façon significative sa liberté résiduelle.

[169] En appliquant le cadre d'analyse aux faits particuliers de l'affaire, la juge Tremblay-Lamer a conclu qu'une audition orale s'avérait nécessaire. On peut ainsi lire aux paragraphes 20 à 22 :

Bien sûr, la nature de l'obligation d'équité procédurale est souple et varie selon les circonstances. Une audience ne sera pas requise dans tous les cas. Cependant, les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* ne doivent pas demeurer dans l'abstrait. Ils doivent être étudiés dans chaque cas afin de garantir que les décisions administratives prises sont adaptées au type de décision et au contexte institutionnel.

In this case, the duty of procedural fairness was particularly onerous given that, as the applicant pointed out, she was subject to highly restrictive constraints during her re-admissions (in a maximum security penitentiary, in solitary confinement 23 hours a day, with nothing in her cell but the clothes on her back).

In short, I am of the view that in the circumstances of this case, in particular the questions surrounding the applicant's capacities, the recommendations of the case management team and parole supervisor that the suspension be cancelled, and the significant impact to the applicant of the decision, not only not to cancel the suspension, but to recommend a criminal charge, the PBC should have held an in-person hearing. The submissions made by the applicant's counsel and by her case management team showed that the applicant may have been suffering from a psychiatric or psychological problem, which could obviously have an effect on the decision of the PBC and on the conditions to be imposed. In such circumstances, the PBC lacked sufficient, reliable and convincing information to base its decision on the record.

En l'espèce, l'obligation d'équité procédurale était particulièrement onéreuse puisque, comme le souligne la demanderesse, elle a des limitations hautement restrictives lors de ses réincarcérations (dans un pénitencier à sécurité maximale, en isolation 23 heures par jour, avec rien dans sa cellule sauf ses propres vêtements).

En résumé, je suis d'avis que dans les circonstances de l'affaire, notamment le questionnement quant aux capacités de la demanderesse, les recommandations de l'équipe de gestion de cas et du surveillant de libération conditionnelle que la suspension soit annulée, et l'impact important sur la demanderesse de la décision, non seulement de ne pas annuler la suspension, mais de recommander une dénonciation criminelle, la CLCC devait tenir une audience en personne. Les soumissions de la procureure de la demanderesse et de son équipe de gestion de cas démontraient que la demanderesse pourrait souffrir d'un problème psychiatrique ou psychologique, ce qui pouvait évidemment avoir un effet sur la décision de la CLCC et les conditions à imposer. Dans de telles circonstances, la CLCC n'avait pas les renseignements sûrs, certains et suffisants pour procéder sur dossier.

[170] This Court also learned of a second decision that Judge Tremblay-Lamer rendered on the same subject: *Laferrière FC*. In the latter case, the offender contested the legality of a Board decision that modified the conditions to which the applicant had been subjected within the framework of an LTSO. This decision had been made on the record despite the request for a hearing. After evaluating the file, the Board accepted the parole supervisor's recommendation that two of the conditions be lifted: the obligation to be treated by a psychiatrist and the prohibition to enter within a perimeter of 500 metres of his spouse's home or any other location where she might be. However, the Board kept the other conditions in force.

[170] La présente Cour a également pris connaissance d'une seconde décision rendue sur le même sujet par la juge Tremblay-Lamer : *Laferrière CF*. Dans cette dernière affaire, le délinquant contestait la légalité d'une décision de la Commission modifiant les conditions auxquelles le demandeur était assujetti dans le cadre d'une OSLD. Cette décision avait été rendue sur dossier malgré la demande d'audience. Après évaluation du dossier, la Commission a accepté la recommandation du surveillant de libération conditionnelle que deux des conditions soient enlevées, soit l'obligation de suivre un traitement psychiatrique et l'interdiction de pénétrer dans un périmètre de 500 mètres du domicile de sa conjointe ou de l'endroit où elle se trouve. Toutefois, la Commission a maintenu les autres conditions en vigueur.

[171] Distinguishing this latter situation from *Gallone*, Judge Tremblay-Lamer decided that the written representations were an adequate substitute for an oral hearing. Moreover, the Board has no obligation to hold a hearing at regular intervals. Thus, paragraphs 10 and 11 of *Laferrière FC* state:

[171] Distinguant cette dernière situation de l'affaire *Gallone*, la juge Tremblay-Lamer a décidé que les observations écrites étaient un substitut adéquat à une audition orale. De plus, il n'y avait aucune obligation pour la Commission de tenir une audience à des intervalles réguliers. Ainsi, on peut lire aux paragraphes 10 et 11 de *Laferrière CF* :

... In accordance with the factors set out in *Baker*, this is not a situation where the PBC had to hold a hearing to respect procedural fairness. This was a review of the applicant's parole conditions the outcome of which does not have as great an impact as a detention order or the suspension of parole (see *Arlène Gallone c Le procureur général du Canada*, 2015 CF 608). As noted by the Supreme Court in *Baker*, "[t]he more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated" (at para 25). In the matter at bar, the written representations were an adequate substitute for a hearing since no particular reason or no serious issue of credibility was raised by the applicant, either of which could have shed a different light on the PBC's decision.

Moreover, the applicant had no legitimate expectation that the PBC hold a hearing, and because the holding of a hearing is discretionary, the PBC was not obliged to hold a hearing at regular intervals. Also, the absence of reasons for the refusal to hold a hearing is not fatal to the decision in the particular circumstances of this case since the applicant did not raise any specific reason why a hearing should have been held and the PBC had all the required information before it. In accordance with *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61 and *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, the Court may consider that the PBC could have given the fact that there was nothing to justify the holding of a hearing as a reason for its refusal. Consequently, the PBC did not breach procedural fairness by not holding a hearing.

[172] As we can see, the scope of the obligation to act fairly has variable content. In terms of section 135.1 of CCRA, although the Board made only a recommendation that is in no way binding on the Attorney General, it remains true that offenders cannot appeal Board decisions to the Court of Appeal. The lack of a right to appeal favours a decisional process carried out with greater respect for principles of procedural fairness. Consequently, a hearing may or may not be necessary, everything depending on the specific circumstances of the file. Considering the legal clarifications made by the Court in 2015 in the *Gallone* and *Laferrière FC*

[...] Conformément aux critères de l'arrêt *Baker*, il ne s'agit pas d'une situation où la CLCC devait tenir une audience pour respecter l'équité procédurale. Il s'agissait d'un examen des conditions de libération conditionnelle du demandeur dont le résultat n'a pas des répercussions aussi grandes qu'une ordonnance de maintien en incarcération ou d'un examen d'une suspension de la libération conditionnelle (voir *Arlène Gallone c Le procureur général du Canada*, 2015 CF 608). Comme le soulignait la Cour suprême dans *Baker*, « [p]lus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses » (au para 25). Dans le présent dossier, les observations écrites étaient un substitut adéquat à une audition puisqu'aucun motif particulier ni aucune question importante de crédibilité n'était soulevé par le demandeur, lesquels auraient pu entraîner un éclairage différent sur la décision de la CLCC.

De plus, le demandeur n'avait aucune attente légitime que la CLCC tienne une audience et, comme il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, il n'y a aucune obligation pour la CLCC de tenir une audience à des intervalles réguliers. Également, l'absence de motifs du refus de tenir une audience ne fait pas échec à la décision dans les circonstances particulières du présent cas puisque le demandeur n'avait soulevé aucun motif précis pourquoi une audience aurait dû être tenue, et la CLCC disposait de toute l'information nécessaire au dossier. Conformément aux affaires *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61 et *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, la Cour peut considérer que la CLCC aurait pu donner comme motif de refus le fait que rien ne justifiait la tenue d'une audience en l'espèce. Conséquemment, la CLCC n'a pas manqué à l'équité procédurale en ne tenant pas d'audience.

[172] Comme on peut le voir, la portée de l'obligation d'agir équitablement a un contenu variable. S'agissant de l'article 135.1 de la LSCMC, bien que la Commission ne fasse que rendre une recommandation qui ne lie en rien le procureur général, il n'en demeure pas moins que les délinquants ne peuvent faire appel des décisions de la Commission à la section d'appel. L'absence d'un droit d'appel milite donc en faveur d'un processus décisionnel s'effectuant dans un plus grand respect des principes d'équité procédurale. Conséquemment, la tenue d'une audience peut ou non être nécessaire, tout dépendant des circonstances particulières du dossier. Vu les

judgments, I am satisfied that before refusing to meet with the offender in person at a post-suspension hearing, the Board must first make sure that the reliable and convincing nature of the file's information allows an informed decision to be made. The question is whether an oral hearing should be convened in all cases, or whether, depending on the file's specific facts, written representations would suffice.

H. *The discretion specified in subsection 140(2) of CCRA is not in itself incompatible with procedural fairness.*

[173] In *Mooring*, the Supreme Court confirmed that in evaluating the risk to society, the Board must nevertheless review all the reliable and available information. The Supreme Court concluded that the Board does not play a quasi-judicial role. Far from settling a specific debate between two opposing parties, the Board performs more investigative functions. It is not required to apply the classical rules of evidence or to hear any *viva voce* "testimony" nor does it have the power to summon witnesses. The Board also acts on the information provided by the offenders and by the Service. In addition, the presumption of innocence does not apply before the Board (*Mooring*, at paragraphs 25–26). The Board's recommendation, without being binding upon the Attorney General, may indirectly lead to the extension of confinement, given that the Attorney General may file criminal charges and prevent the offender from being released. As well, the sentence imposed for a charge under subsection 753.3(1) of the *Criminal Code* does not take into consideration the three months spent in detention under the LTSO suspension (*Gatza*, at paragraph 46; *Bourdon*, at paragraph 17).

[174] That being said, section 140 of CCRA does not automatically grant the right to an oral hearing in cases of an LTSO suspension and has never previously granted one. Be that as it may, administratively speaking, the Board's discretion is not absolute. Indeed, its practise is

éclaircissements juridiques apportés par la Cour en 2015 dans les jugements *Gallone* et *Laferrière CF*, je suis satisfait qu'avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, la Commission doit d'abord s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. La question est de savoir si une audience orale devrait être convoquée dans tous les cas, ou si, dépendant des faits particuliers du dossier, des représentations écrites seraient suffisantes.

H. *La discrétion prévue au paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'est pas en soi incompatible avec l'équité procédurale*

[173] Dans l'arrêt *Mooring*, la Cour suprême a confirmé que dans l'évaluation du risque pour la société, la Commission doit néanmoins examiner tous les renseignements qui sont sûrs et disponibles. La Cour suprême a conclu que la Commission n'exerce pas un rôle quasi judiciaire. Loin de trancher un débat précis entre deux parties opposées, la Commission exerce davantage des fonctions d'enquête. Elle n'est d'ailleurs pas tenue d'appliquer les règles de preuve classiques, n'entend aucun « témoignage » *viva voce* et n'a pas le pouvoir d'assigner des témoins. La Commission agit également sur la foi des renseignements fournis par les délinquants et par le Service. De plus, la présomption d'innocence ne s'applique pas devant la Commission (*Mooring*, aux paragraphes 25–26). La recommandation de la Commission, sans lier le procureur général, peut indirectement entraîner la prolongation de l'incarcération étant donné que le procureur général peut déposer des accusations criminelles et s'opposer à ce que le délinquant ne soit relâché. D'ailleurs, la peine imposée pour une accusation sous le paragraphe 753.3(1) du *Code criminel* ne tient pas compte des trois mois passés en détention sous le coup de la suspension de l'OSLD (*Gatza*, au paragraphe 46; *Bourdon*, au paragraphe 17).

[174] Cela dit, l'article 140 de la LSCMLC n'accorde pas automatiquement un droit à l'audience orale dans les cas de suspension d'OSLD et n'en a jamais accordé un antérieurement. Il n'empêche que, administrativement parlant, la discrétion de la Commission n'est pas

regulated by the Manual. The Manual provides instructions that the Board members cannot ignore when an offender requests an oral hearing. Thus in cases where a hearing is not required by CCRA or policy, Board members may, in any case, choose to conduct a review by way of a hearing, pursuant to subsection 140(2) of CCRA, where they believe, under the specific circumstances of the case, that a hearing is required to clarify relevant aspects of the case. The reasons for holding a discretionary hearing are recorded in the reasons for the Board's decision. In cases where the offender or a person acting in his name has requested a review by way of a hearing, the reasons for which holding a hearing was accepted or refused are also recorded (Manual, chapter 11.1, section 6). Incidentally, it can be said that providing reasons is the proper way to ensure the transparency and intelligibility of the Board's decision.

[175] Moreover, the Manual provides a number of concrete examples in which an in-person hearing might be necessary. This may include, in particular, situations in which the reliability and persuasiveness of the information being considered cannot be assessed on a file review, when there is incomplete or discordant information on file, of relevance to the review, that could be clarified at a hearing or when the information on file indicates that the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing (Manual, chapter 11.1, section 6). Although the Manual is not mandatory in nature, the examples found in the Manual lead the offender to legitimately expect that he will meet with the Board in person in this type of case—which of course includes cases in which the offender's credibility is questioned.

[176] The principles of fundamental justice do not require that an individual benefit from the most favourable procedure; instead they require that the procedure be fair (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC

absolue. De fait, son exercice est encadré par le Manuel. Celui-ci fournit des consignes que les commissaires ne peuvent pas feindre d'ignorer lorsqu'une demande d'audience orale est faite par un délinquant. Ainsi, dans les cas où la LSCMLC ou les politiques n'exigent pas la tenue d'une audience, les commissaires peuvent, en tout état de cause, décider d'effectuer un examen par voie d'audience, en vertu du paragraphe 140(2) de la LSCMLC, s'ils estiment, dans les circonstances particulières du cas, qu'il faut tenir une audience pour clarifier des aspects pertinents du cas. Les raisons de la tenue d'une audience discrétionnaire sont consignées dans les motifs de la décision de la Commission. Dans les cas où le délinquant ou une personne agissant en son nom a demandé un examen par voie d'audience, les raisons pour lesquelles on a accepté ou refusé de tenir une audience sont également consignées (Manuel, chapitre 11.1, article 6). Au passage, on peut dire que la fourniture de motifs est propre à assurer la transparence et l'intelligibilité de la décision de la Commission.

[175] De plus, le Manuel fournit un certain nombre d'exemples concrets où une audience en personne peut s'avérer nécessaire. Cela peut comprendre, notamment, les situations où le caractère sûr et convaincant des renseignements examinés ne peut être évalué au moyen d'une étude du dossier, que le dossier comprend des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés ou encore lorsque les renseignements au dossier indiquent que le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par l'écrit (Manuel, chapitre 11.1, article 6). Bien que le Manuel n'ait pas un caractère obligatoire, les exemples que l'on retrouve dans le Manuel créent une expectative légitime chez le délinquant qu'il sera rencontré en personne par la Commission dans ce genre de cas — ce qui inclut bien entendu les cas où la crédibilité du délinquant est soulevée.

[176] Les principes de justice fondamentale n'exigent pas qu'un individu bénéficie de la procédure la plus favorable, mais requièrent que la procédure soit équitable (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002

75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 46, referring to *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 362). Contrary to the applicant's claim, section 7 of the Charter does not automatically and systemically require an oral hearing, even if the rights guaranteed by this provision are at issue (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 121–122). In addition, I am satisfied that the current administrative mechanisms include genuine guarantees with respect to principles of procedural fairness.

[177] Insofar as subsection 140(2) of CCRA does not legally prohibit a hearing, when this can prove necessary in the specific circumstances of the case being reviewed, the existence of such a discretionary power is neutral and does not conflict with the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter.

VII. Conclusion

[178] In conclusion, although the residual liberty of a long-term offender is limited after an LTSO suspension, section 7 of the Charter does not oblige the Board to hold a post-suspension hearing in all cases where the Service has referred the file to it. Subsections 140(1) and (2) of the CCRA do not prevent the Board from holding a post-suspension hearing in cases where it is asked to exercise the powers set out in section 135.1 of CCRA. The discretion conferred by subsection 140(2) may be applied in a manner that respects the rights guaranteed by the Charter, particularly when a question of credibility is a determining factor in the file. Insofar as the source of the problem reported by the applicant is not to be found in the legislation itself, but in the Board's refusal to use its discretion in a manner compatible with the principles of fundamental justice, there is no reason to declare the legislation's provisions invalid (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraphs 77, 130–139). It is enough to state that the Board must, in all respects, comply with the principles of fundamental justice and hold an in-person hearing in cases that have been discussed earlier.

CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 46, référant à *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 362). Contrairement à ce que prétend le demandeur, l'article 7 de la Charte n'exige pas automatiquement et systématiquement la tenue d'une audience orale, et ce, même si les droits garantis par cette disposition sont en jeu (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 121–122). Aussi, je suis satisfait que les mécanismes administratifs actuels comportent des garanties véritables au niveau du respect des principes d'équité procédurale.

[177] Dans la mesure où le paragraphe 140(2) de la LSCMLC n'empêche pas légalement la tenue d'une audience, lorsque cela peut s'avérer nécessaire dans les circonstances particulières du cas sous étude, l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire est neutre et n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte.

VII. Conclusion

[178] En conclusion, bien que la liberté résiduaire d'un délinquant à contrôler soit restreinte à la suite de la suspension d'une OSLD, l'article 7 de la Charte n'oblige pas la Commission à tenir une audience post-suspension dans tous les cas où le dossier lui est référé par le Service. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC n'empêchent pas la Commission de tenir une audience post-suspension dans le cas où elle est appelée à exercer les pouvoirs prévus à l'article 135.1 de la LSCMLC. La discrétion conférée par le paragraphe 140(2) peut être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la Charte, notamment lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Dans la mesure où la source du problème que dénonce le demandeur ne réside pas dans la loi elle-même, mais dans le refus de la Commission d'exercer sa discrétion de manière compatible avec les principes de justice fondamentale, il ne convient pas de déclarer les dispositions de la loi invalides (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, aux paragraphes 77, 130–139). Il suffit de déclarer que la Commission doit, à tous égards, se conformer aux principes de justice fondamentale et

[179] For these reasons, the applicant has a right to a declaratory judgment, which is mentioned in the next paragraph.

[180] In terms of exercising the jurisdiction set out in section 135.1 of CCRA, the long-term offender's residual liberty is limited through the suspension of an LTSO. The Board must act fairly before upholding the LTSO suspension and recommending that a charge referring to section 753.3 of the *Criminal Code* be laid by the Attorney General. The principles of fundamental justice oblige the Board, before it refuses to hold an in-person, post-suspension meeting with the offender, to ensure that the reliable and convincing nature of information in the file enables it to make an informed decision. When the file contains incomplete or contradictory information that is relevant to the case review or that could be clarified by the offender, a post-suspension hearing must be held. This is also the case when the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing or when a question of credibility is a determining factor in the file. Any refusal to hold an oral hearing must be given in writing. Consequently, the legislative discretion to hold a post-suspension hearing does not violate section 7 of the Charter. Subsections 140(1) and (2) of CCRA are not constitutionally invalid or inoperative in the case of long-term offenders whose file is referred to the Board following the suspension of an LTSO.

[181] The Court otherwise refuses the other compensation or statements sought by the applicant, without costs.

Judgment in file T-1159-16

Ruling on the merit of this application for judicial review and declaratory judgment;

tenir une audience en personne dans les cas qui ont été discutés plus tôt.

[179] Pour ces motifs, le demandeur a droit au jugement déclaratoire qui est mentionné au prochain paragraphe.

[180] S'agissant de l'exercice de la compétence prévue à l'article 135.1 de la LSCMLC, la liberté résiduelle du délinquant à contrôler est restreinte par la suspension d'une OSLD. La Commission doit agir avec équité avant de maintenir la suspension de l'OSLD et de recommander qu'une accusation imputant l'infraction à l'article 753.3 du *Code criminel* soit portée par le procureur général. Les principes de justice fondamentale obligent la Commission, avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, à s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Lorsque le dossier contient des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés par le délinquant, une audience post-suspension doit être tenue. C'est également le cas lorsque le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par écrit ou encore lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Tout refus de tenir une audience orale doit être motivé par écrit. En conséquence, la discrétion législative de tenir une audience post-suspension ne viole pas l'article 7 de la Charte. Les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne sont pas invalides ou inopérants constitutionnellement dans le cas des délinquants à contrôler dont le dossier est référé à la Commission à la suite de la suspension d'une OSLD.

[181] La Cour refuse autrement les autres réparations ou déclarations recherchées par la demanderesse. Le tout sans frais.

Jugement au dossier T-1159-16

Statuant sur le mérite de la présente demande de contrôle judiciaire et de jugement déclaratoire;

THE COURT ADJUDGES AND DECLARES:

In terms of exercising the jurisdiction set out in section 135.1 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), the long-term offender's residual liberty is limited by the suspension of a long-term supervision order (LTSO). The Parole Board of Canada must act fairly before upholding the LTSO suspension and recommending that a charge referring to section 753.3 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be laid by the Attorney General. The principles of fundamental justice oblige the Board, before it refuses to hold an in-person, post-suspension meeting with the offender, to ensure that the reliable and convincing nature of information in the file enables it to make an informed decision. When the file contains incomplete or contradictory information that is relevant to the case review or that could be clarified by the offender, a post-suspension hearing must be held. This is also the case when the offender has difficulties (cognitive, mental health, physical or other) that prevent him from communicating effectively in writing or when a question of credibility is a determining factor in the file. Any refusal to hold an oral hearing must be given in writing. The legislative discretion to hold a post-suspension hearing does not violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Consequently, subsections 140(1) and (2) of CCRA are not constitutionally invalid or inoperative in the case of long-term offenders whose file is referred to the Board following the suspension of an LTSO.

The Court refuses otherwise the other compensation or statements sought by the applicant;

WITHOUT costs.

LA COUR ADJUGE ET DÉCLARE :

S'agissant de l'exercice de la compétence prévue à l'article 135.1 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC), la liberté résiduelle du délinquant à contrôler est restreinte par la suspension d'une ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD). La Commission des libérations conditionnelles du Canada doit agir avec équité avant de maintenir la suspension de l'OSLD et de recommander qu'une accusation imputant l'infraction à l'article 753.3 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 soit portée par le procureur général. Les principes de justice fondamentale obligent la Commission, avant de refuser de rencontrer en personne le délinquant dans une audience post-suspension, à s'assurer que le caractère sûr et convaincant des renseignements au dossier lui permet de rendre une décision éclairée. Lorsque le dossier contient des renseignements incomplets ou discordants qui sont pertinents à l'examen du cas ou qui pourraient être clarifiés par le délinquant, une audience post-suspension doit être tenue. C'est également le cas lorsque le délinquant présente des problèmes (cognitifs, de santé mentale, physiques ou autres) qui l'empêchent de communiquer efficacement par écrit ou encore lorsqu'une question de crédibilité est déterminante dans le dossier. Tout refus de tenir une audience orale doit être motivé par écrit. La discrétion législative de tenir une audience post-suspension ne viole pas l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, les paragraphes 140(1) et (2) de la LSCMLC ne sont pas invalides ou inopérants constitutionnellement dans le cas des délinquants à contrôler dont le dossier est référé à la Commission à la suite de la suspension d'une OSLD.

La Cour refuse autrement les autres réparations ou déclarations recherchées par le demandeur;

Le tout sans frais.